

De strafrechtelijke consequenties van gedogen

Citation for published version (APA):

Roef, D., & Faure, M. G. (2003). De strafrechtelijke consequenties van gedogen. In D. Lindemans (Ed.), *Gedogen en bemiddelen in bestuursrecht* (pp. 87-140). die Keure. Administratieve rechtsbibliotheek studies No. 3

Document status and date:

Published: 01/01/2003

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

ARs

3. Gedogen en bemiddelen in het bestuursrecht

D. LINDEMANS (ed.)

ADMINISTRATIEVE
RECHTSBIBLIOTHEEK

studies

2003

 die keure

DE STRAFRECHTELIJKE CONSEQUENTIES VAN GEDOGEN

Michael FAURE

Hoogleraar vergelijkend en internationaal milieurecht
Universiteit Maastricht

David ROEF

Universitair docent strafrecht
Universiteit Maastricht

§ 1. INLEIDING

1. Gedogen door de administratieve overheid is sinds de tachtiger jaren van de vorige eeuw een toverwoord in het Nederlandse milieubeleid geworden. Het fenomeen dat administratieve overheden wel eens een oogje dichtknepen, hoewel ze goed op de hoogte waren van bepaalde overtredingen is natuurlijk bepaald geen nieuw fenomeen. Echter, met de toeneming van de ordeningswetgeving na de tweede wereldoorlog is de invloed van die administratieve overheid op de formulering van de strafbaarstellingen enorm toegenomen. Vooral in het milieustrafrecht, maar ook op andere gebieden is die invloed van het bestuur een bekend verschijnsel geworden. In dit verband wordt gesproken van de "administratieve afhankelijkheid" van bijvoorbeeld het milieustrafrecht (1). Door die toenemende invloed van de bestuurlijke overheden bij de formulering van de strafbaarstelling leek ook een grotere afhankelijkheid van het strafrechtelijk apparaat ten opzichte van die bestuurlijke overheden te ontstaan en zulks niet alleen bij de materiële formulering van de voorwaarden voor strafbaarheid. Ook bij de handhaving spelen in toenemende mate administratieve overheden een rol.

Waar gedogen dus al lange tijd bekend was is het fenomeen echter voor het eerst in het (Nederlandse en daarna Belgische) bestuursrecht geïnterpreteerd. Van Buuren wijdde in 1988 zijn Utrechtse oratie aan het "gedogend besturen" (2) en deed een poging om de voorwaarden te omschrijven waaronder dit gedogen als rechtmatig kan worden gekwalificeerd. Er kan ook worden gewezen op het in 1996 verschenen proefschrift van Jurgens, *Bestuurlijk gedogen*, waarin de aanvaardbaarheid en gevolgen van gedogen in het milieurecht en het ruimtelijk recht systematisch worden besproken (3). De trend die vanaf dat ogenblik in literatuur (maar ook in rechtspraak) is ontwikkeld is dat het gedogen door de bestuurlijke overheid klaarblijkelijk een realiteit is. Ontkennen heeft dus geen zin en men heeft derhalve veeleer getracht voorwaarden te formuleren waaraan gedogen zou moeten voldoen om als rechtmatig te worden gekwalificeerd. Kenmerkend voor die evolutie is een recente bijdrage van Blomberg onder de titel "Aanvaardbaar gedogen", waarbij achter deze titel niet eens meer een vraagteken wordt geplaatst (4).

(1) Het is een vertaling van de Duitse term "Verwaltungsakzessorität". Zie daarover onder meer M. FAURE, "De gevolgen van de 'administratieve afhankelijkheid' van het milieustrafrecht: een inventarisatie van knelpunten", in M. FAURE, J.C. OUDJIK en D. SCHAFFMEISTER, (red.), *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 91-150 en D. ROEF, *Strafbare overheden. Een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring* (diss. Universiteit Maastricht), Antwerpen, Intersentia, 2001, 35-42.

(2) P.J.J. VAN BUUREN, *Gedogend besturen*, oratie, Deventer, Kluwer, 1988.

(3) G.T.J.M. JURGENS *Bestuurlijk gedogen. Aanvaardbaarheid en gevolgen van bestuurlijk gedogen in het milieurecht en het ruimtelijk recht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996.

(4) A.B. BLOMBERG, "Aanvaardbaar gedogen", *MenR* 2002, 284-290.

Echter, het gedogen dat in de negentiger jaren in de Lage Landen een hoge vlucht leek te nemen staat vandaag in toenemende mate onder druk. De permissieve samenleving lijkt te worden teruggefloten en de roep om een hardere aanpak heeft onvermijdelijk als consequentie dat een fenomeen als gedogen van overtredingen aan populariteit zal inboeten.

In onze bijdrage gaan wij niet in op de complexe vraag hoe nu over dit fenomeen gedogen vanuit rechtsstatelijk perspectief dient te worden gedacht, of het onder alle voorwaarden verwerpelijk is, dan wel of gedogen, binnen strikte voorwaarden, rechtsstatelijk kan worden verantwoord. Die vragen stonden centraal in andere bijdragen aan dit boek. Ons gaat het om de invloed van gedogen op de strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Daarbij zullen wij een deels dogmatische, deels praktische benadering volgen. Dogmatisch rijst inderdaad de vraag wat de consequenties zijn van een gedogen door de bestuurlijke overheid voor de strafbaarheid. Gedogen lijkt immers een zijdelings gevolg te zijn van de reeds genoemde administratieve afhankelijkheid van het milieustrafrecht. De justitiabele zal derhalve in geval van gedogen met verbazing reageren op een strafrechtelijke vervolging. Gedogen betekent immers (hoe men het fenomeen ook wil definiëren) dat sprake is van een (bewust of onbewust) niet-optreden van de overheid tegen een onrechtmatige toestand. Dit kan betekenen dat een situatie die een delictsomschrijving vervult en derhalve strafbaar is gedurende lange tijd *passief* (door niet-optreden) of *actief* (bijvoorbeeld door een uitdrukkelijk gedoogbeleid) niet door de administratieve overheid wordt aangepakt en zelfs wordt getolereerd. Dit brengt uiteraard belangrijke vragen mee vanuit strafrechtelijk perspectief indien nadien het Openbaar Ministerie beslist om toch vervolgingen in te stellen. De vervolgte burger zal dan veelal opwerpen dat hij er op vertrouwde rechtmatig te handelen vanwege het uitblijven van acties van de administratieve overheid of door de positieve toezegging die werd gedaan dat de situatie zal worden gedoogd indien betrokkene zich aan bepaalde voorwaarden hield. Dogmatisch rijst uiteraard de vraag, niet zozeer naar de legitimiteit van het gedogen (hoewel die vraag vanuit strafrechtelijk perspectief niet helemaal kan worden vermeden), maar vooral naar de legitimiteit van een strafrechtelijk optreden na een gedoogsituatie. Dit probleem kan, zoals hieronder zal worden betoogd, vanuit verschillende perspectieven worden bekeken. De justitiabele zou immers kunnen betogen dat ten gevolge van het gedogen het Openbaar Ministerie het vervolgingsrecht is verloren, waardoor de Procureur des Konings onontvankelijk in zijn vordering zou moeten worden verklaard. Ook zou het mogelijk zijn dat men de administratieve afhankelijkheid op materieelrechtelijk vlak zover doorvoert dat wordt betoogd dat wanneer de vergunningverlenende overheid voorhoudt dat geen vergunning voor een bepaald handelen noodzakelijk was, ook de wederrechtelijkheid van de handeling wegvalt. Of minstens zou de burger kunnen voorhouden dat wanneer de overheid jarenlang een bepaalde wederrechtelijke situatie heeft gedoogd daardoor de indruk werd gewekt dat volkomen legaal werd gehandeld, zodat de justitiabele zich in een situatie van onoverkomelijke rechtsdwaling bevond.

De vraag naar de relatie tussen gedogen en strafrechtelijke verantwoordelijkheid is niet alleen dogmatisch van belang, maar ook praktisch. Immers, wanneer al te gemakkelijk wordt geoordeeld dat een gedogen door de administratieve overheid tot uitsluiting van strafbaarheid leidt, moge duidelijk zijn dat gedogen de mogelijkheden tot een eigen strafrechtelijk optreden volkomen kan uithollen. Gedogen zou in die hypothese de autonomie van het milieustrafrecht kunnen aantasten en een strafrechtelijk milieubeleid volkomen kunnen doorkruisen. Anderzijds geldt evenzeer dat het volkomen negeren van het gedogen door de administratieve overheid door de strafrechter voor de burger tot onaantvaardbare consequenties zou kunnen leiden. Deze zou immers kunnen betogen dat de vraag of er sprake van strafbaarheid is of niet toch juist in een administratief afhankelijk milieustrafrecht in de eerste plaats door de administratieve overheid wordt beantwoord en dat van die burger toch niets anders kan worden gevergd dan het naleven van de eisen van die administratieve overheid. "De overheid toont tegenover de burger een gelaat", zo wordt in dit verband soms betoogd (5). Vanuit het perspectief van de eenheid van de rechtsorde kan inderdaad worden betoogd dat wanneer de burger gehoor heeft gegeven aan de eisen van de administratieve overheid het niet aanvaardbaar zou zijn dat diezelfde overheid hem langs strafrechtelijke weg alsnog zou sanctioneren voor gedrag dat door het bestuur impliciet werd goedgekeurd.

Hieruit blijkt dat over de strafrechtelijke consequenties van gedogen niet in simpele zwart-zwit termen kan worden nagedacht maar dat, zoals vaak, een voorzichtig en genuanceerd antwoord zal moeten worden geboden op de vraag naar de strafrechtelijke effecten van dat gedogen. Daarbij zal, zoals te verwachten, een koordansoefening moeten worden uitgevoerd tussen enerzijds gerechtvaardigde belangen van de burger om niet strafrechtelijk vervolgd en/of veroordeeld te worden voor een handelen dat door een bevoegde overheid rechtmatig werd geoordeeld en anderzijds de eveneens gerechtvaardigde belangen van de maatschappij bij een strafrechtelijke handhaving, die mogelijk moet blijven ook wanneer een bestuurlijke overheid (mogelijk ten onrechte) signalen aan de burger gaf dat het handelen rechtmatig zou zijn. Wij zullen trachten deze koordansoefening uit te voeren door de strafrechtelijke consequenties van het gedogen dogmatisch te situeren. Naast een dogmatische situering zal ook worden bekeken hoe de rechtspraak tot nu toe met de problematiek van het gedogen is omgegaan.

Wij bespreken voornamelijk dogmatiek en jurisprudentie in België. We gaven echter al aan dat het gedogen een fenomeen is waarvan de wieg in Nederland staat.

(5) Meer bepaald in een berucht citaat uit de Memorie van Toelichting strekkende tot hervorming van de artikelen 173a en 173b van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht. Zie daarover verder bij M. FAURE, "De evaluatie van de effectiviteit van de artikelen 173a en 173b Sr in de Nederlandse doctrine en jurisprudentie", in M. FAURE, Th. A. DE ROOS en M.J.C. VISSER (red.), *Herziening van het commune milieustrafrecht*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 31-88.

Gedogen is daar dan ook in doctrine en jurisprudentie uitgebreid aan bod gekomen. Een enkel uitslapje naar Nederlandse oplossingen zal worden geboden waar dit voor de Belgische situatie behulpzaam zal zijn.

Wij zullen voornamelijk de gevolgen van het gedogen in het milieustrafrecht bespreken, omdat gedogen juist daar een grote rol speelt. Echter, het fenomeen speelt evident ook op andere terreinen van het bijzonder strafrecht (bijvoorbeeld ook in het sociaal strafrecht) een grote rol. Af en toe zal dan ook een uitstapje naar die andere terreinen worden gemaakt; verder zijn oplossingen die worden gevonden binnen het milieustrafrecht doorgaans ook op de andere gebieden van het bijzonder strafrecht van toepassing.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd: na deze inleiding bespreken wij kort de administratieve afhankelijkheid van het milieustrafrecht om de problematiek van het gedogen te situeren (§ 2). Daarna gaan wij kort in op de mogelijkheid tot strafrechtelijke toetsing van administratieve rechtshandelingen. Ook dat is naar onze mening voor de gedoogproblematiek van belang. De strafrechter zou immers ook de mogelijkheid hebben om bijvoorbeeld een wederrechtelijke gedoogbeschikking te toetsen (§ 3). Daarna wordt kort ingegaan op de voor de praktijk belangrijke (en omstreden) vraag hoe dient te worden omgegaan met de toetsing door de strafrechter indien administratief beroep werd ingesteld. Dat zal de mogelijkheid bieden om de hierboven reeds aangehaalde eenheid van de rechtsorde te situeren (§ 4). Na deze meer algemene beschouwingen over de relatie tussen strafrechter en bestuur, staan we stil bij de strafrechtelijke consequenties van gedogen. Daarbij wordt eerst aandacht besteed aan de vraag of het Openbaar Ministerie wel ontvankelijk is in een tegen een 'gedoogde' ingestelde strafvervolgning. Met andere woorden: kan bestuurlijk gedogen worden beschouwd als een vervolgingsuitsluitingsgrond (§ 5)? Daarna volgt een korte dogmatische situering van het fenomeen gedogen, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen wederrechtelijkheid en schuld (§ 6). Op grond van dat onderscheid moet immers worden bekeken welke strafuitsluitingsgronden bij gedogen een rol kunnen spelen. Allereerst rijst de vraag of het ten laste gelegde feit ondanks het gedogen strafbaar moet worden geacht. Er zou immers kunnen worden betoogd dat de wederrechtelijkheid van het handelen door het gedogen is weggefallen. De dogmatische constructie zou dan vermoedelijk de rechtvaardigingsgrond noodtoestand zijn (§ 7). Vervolgens komt de schuldvraag aan de orde. Er zou immers kunnen worden verdedigd dat de verwijtbaarheid door het gedogen is weggefallen. Het strafrechtelijke verweer zou dan vermoedelijk de schulduitsluitingsgrond onoverkomelijke rechtsdwaling zijn (§ 8). In paragraaf 9 staan we ten slotte stil bij de vraag of gedogende overheden zelf wellicht strafbaar zijn. Vooral naar aanleiding van de vuurwerkramp in Enschede en de cafébrand in Volendam is in de (Nederlandse) literatuur gesuggereerd dat een gedogende overheid onder bepaalde omstandigheden medeplichtig

zou moeten worden geacht aan het begaan van een strafbaar feit (6). Van een succesvolle (dreiging met) strafvervolgning van de gedogende overheid zou wellicht een preventieve werking kunnen uitgaan, zeker in die gevallen waar de 'gedoogde' straffeloos blijft. De vraag rijst dan of een strafvervolgning van het gedogende bestuur wel tot de mogelijkheden behoort. De bijdrage sluit af met enkele slotbedenkingen (§ 10).

§ 2. ADMINISTRATIEVE AFHANKELIJKHEID VAN MILIEUSTRAF-RECHT

2. De strafbepalingen die het Belgische milieustrafrecht vormen kunnen worden gevonden in de in de andere bijdragen aan dit handboek besproken milieuwetten en -decreten. Deze wetten omvatten bijna steeds uitgebreide voorschriften van administratiefrechtelijke aard (vergunningssystemen en dergelijke). De strafbepalingen nemen in deze wetten doorgaans slechts een bescheiden plaats in. Veelal vindt men helemaal aan het einde van de wet of het decreet, als een soort aanhangsel, één artikel dat bepaalt dat «hij die de voorschriften, vastgesteld door of krachtens deze wet of dit decreet overtreedt wordt gestraft met: ...». Soms wordt ook nog uitdrukkelijk bepaald dat hij die de voorwaarden van een administratieve vergunning schendt eveneens strafbaar is; doorgaans geldt dan dezelfde sanctienorm als voor degene die, algemeen gesteld, de bepalingen van de wet of decreet overtreedt.

Deze structuur van het milieustrafrecht vindt men overigens ook terug in andere landen waar het milieustrafrecht, net als in België, slechts laat tot ontwikkeling is gekomen (7). Uit de structuur van deze wetgeving blijkt dat het strafrecht geen zelfstandige rol toebedeeld krijgt bij de bestrijding van milieuverontreiniging. Het grootste gedeelte van de besproken wetten bestaat immers uit administratieve regelingen die milieuverontreiniging dienen te voorkomen (8). Het strafrecht heeft uitsluitend een ondersteunende functie voor deze regelingen van administratiefrechtelijke aard; indien de potentiële milieuverontreiniger administratieve plichten schendt (bijvoorbeeld vergunningsvoorwaarden niet naleeft) kan dit volgens

(6) Zie o.m. D. ROEF, *Strafbare overheden* (diss.), Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 569 e.v.; T. SCHALKEN, "Waarom wordt de gemeente Volendam niet vervolgd?", *Delikt en Delinkwent* 2001, 115-117; C.H. BRANTS, "Vervolgbaarheid van de Staat", *Overheid en aansprakelijkheid* 2003, 2-12.

(7) Zie daarover G. HEINE, "Aspekte des Umweltstrafrechts im internationalen Vergleich", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1986, (67), 69-71.

(8) Zie daarover M. FAURE en M. VISSER, *De strafrechtelijke bescherming van het leefmilieu in België, Duitsland en Nederland. Modellen van strafbaarstelling en hun bewijsrechtelijke implicaties*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 1999.

de wet strafrechtelijk worden gesanctioneerd (9). Uit deze ondersteunende taak van het strafrecht in de bijzondere milieuwetgeving volgt eveneens dat milieuverontreiniging niet rechtstreeks strafrechtelijk wordt gesanctioneerd, doch enkel op een indirecte wijze, namelijk indien deze milieuverontreiniging tevens een schending van administratieve plichten meebrengt zodat de betrokkene heeft gehandeld «in strijd met de voorschriften vastgesteld door of krachtens deze wet of in strijd met de krachtens deze wet verleende vergunning» (10). Een gevolg daarvan is dat de delictomschrijving en de daaraan ten grondslag liggende materiële norm doorgaans niet in de summiere strafbepaling kunnen worden gevonden, doch in andere artikelen van de wet of het decreet. De strafbepaling zelf beperkt zich immers tot de omschrijving van de sanctienorm. Strafrechtelijke sanctionering is dus uitsluitend mogelijk wanneer administratieve rechtshandelingen, zoals vergunningsvoorwaarden, worden geschonden.

Er vindt doorgaans geen rechtstreekse bescherming van ecologische rechtsgoederen plaats in die zin dat een bepaalde vorm van verontreiniging rechtstreeks zou worden strafbaar gesteld ook indien geen inbreuk op administratieve plichten zou zijn gemaakt (11). Ook in de praktijk van het milieustrafrecht kan men vaststellen dat het Openbaar Ministerie doorgaans vervolgt omdat iemand gehandeld heeft zonder vergunning of in strijd met de vergunningsvoorwaarden. Op deze structuur van het milieustrafrecht zou uiteraard wel wat kritiek kunnen worden geformuleerd. Er zijn immers systemen denkbaar waarbij de ecologische rechtsgoederen wel rechtstreeks strafrechtelijke bescherming genieten en waarbij de strafbaarheid derhalve niet wordt beperkt tot inbreuken op de vergunningsplicht. In het buitenland zijn daarvan aardige voorbeelden te vinden en ook werd in het Vlaamse gewest door de Interuniversitaire Commissie tot Herziening van het Milieurecht een aantal alternatieve strafbepalingen voorgesteld waarbij in enkele gevallen strafbaarheid bestaat ook indien geen inbreuk op administratieve rechtsplichten plaatsvindt (12).

(9) Dit is een algemeen kenmerk van het bijzonder strafrecht; het strafrecht is daarbij accessoir voor de handhaving van normen uit het ordeningsrecht. Zie daarover K. TIEDEMAN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, diss. J.C.B. TUBINGEN, Mohr, 1969, 44 e.v.

(10) Dit is wat in de Duitse dogmatiek de Verwaltungsakzessorietät van het milieustrafrecht wordt genoemd. Zie hierover o.m. G. HEINE, "Milieustrafrecht in West-Europa. Rechtspolitieke trends, voorwaarden voor strafbaarheid en praktische problemen bij de vervolging", in M. FAURE, J.C. OUDDIK en SCHAFFMEISTER (red.), o.c., 1991, 466-467; I. KOOPMANS, *De strafbaarstelling van milieuverontreiniging*, Arnhem, Gouda Quint, 1996, 17-24.

(11) Zie over deze administratieve afhankelijkheid A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 84-85; M. FAURE, "De gevolgen van de 'administratieve afhankelijkheid' van het milieustrafrecht: een inventarisatie van knelpunten", in *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, Gouda Quint, 1991, 91-150 en E. GOETHALS, "Handhavingsproblemen in het milieurecht", in *Rechtspraak en milieubescherming*, Antwerpen, Kluwer, (73) 85-87.

(12) M. FAURE, "Strafsancties", in *Voorontwerp Decreet Milieubeleid*, Brugge, die Keure, 1995, 745-805.

Deze administratieve afhankelijkheid brengt mee dat de strafrechter bij milieudelicten vaak geroepen zal worden om vragen van administratief recht te beantwoorden teneinde de strafbaarheid te kunnen beoordelen. Daarbij rijst onder meer de vraag of de strafrechter bij een dergelijke beoordeling gebonden is aan de administratieve beslissing of dat hij de mogelijkheid heeft om problemen van administratief recht autonoom te beoordelen. Duidelijk is immers dat het juist die administratieve afhankelijkheid is die meebrengt dat het fenomeen van het gedogen in het milieustrafrecht belangrijke consequenties kan hebben. Immers: het is klaarblijkelijk niet de wetgever die bij deze administratief afhankelijke delicten de voorwaarden voor strafbaarheid formuleert, maar juist die administratieve overheid. Wanneer die administratieve overheid dan ook bijvoorbeeld te kennen zou geven dat voor een bepaalde handeling geen vergunning nodig is, of wanneer bepaalde overtredingen worden gedoogd, rijst de vraag naar de legitimiteit van een strafrechtelijke vervolging nu diezelfde administratieve overheid (dat is natuurlijk niet altijd het geval) ook over de toekenning van een vergunning had kunnen beslissen. Juist daarom is het van belang om eerst duidelijk aan te geven dat de strafrechter op zichzelf prachtige instrumenten heeft om de rechtmatigheid van het administratief handelen te toetsen (13). Dat is inderdaad het instrument van de wettigheidscontrole waarover de strafrechter beschikt wanneer het optreden van de administratie door de vervolgte rechtsonderhorige dan wel door het Openbaar Ministerie wordt omstreden. Omdat precies dat ook het geval kan zijn bij gedogen, lijkt het van belang om op de rol van de rechter bij de toetsing van administratieve rechtshandelingen in te gaan.

§ 3. TOETSING VAN ADMINISTRATIEVE RECHTSHANDELINGEN DOOR DE STRAFRECHTER

3. Omdat de strafbaarheid doorgaans is beperkt tot inbreuken op de vergunningsplicht zal de strafrechter in bijna elke milieustrafzaak gehouden zijn de geldigheid van een vergunningsvoorwaarde te onderzoeken. Dit onderzoek naar administratiefrechtelijke problemen kan zich zowel bij bevrijdende vergunningen als bij belastende vergunningsvoorwaarden voordoen. In beide gevallen rijst dan de vraag of de strafrechter blind de hem voorgelegde administratieve rechtshandeling dient te respecteren of dat hij deze op zijn wettigheid mag toetsen. Het antwoord wordt duidelijk gegeven in art. 159 van de gecoördineerde Grondwet (oud art. 107) dat bepaalt dat de rechter verordeningen en besluiten slechts toepast voor zover deze wettig zijn. De rechtsleer en jurisprudentie hebben hieruit bovendien afgeleid dat de rechter zelfs verplicht is om ambtshalve de wettigheid te toetsen

(13) Zie tevens I. KOOPMANS, o.c., 1996, 184-185; D. ROEF, *Strafbare overheden. Een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 457-470

van de administratieve rechtshandelingen die hij toepast (14). Concreet betekent dit dat de strafrechter in beginsel gehouden is in elke strafzaak waarin hij met een administratieve rechtshandeling geconfronteerd wordt deze op de wettigheid te toetsen, zelfs indien partijen desbetreffend niets opmerken (15). Het moge nochtans duidelijk zijn dat de wettigheidstoetsing in concrete strafzaken een grotere rol zal spelen indien de beklaagde bijvoorbeeld bij ten laste gelegd onvergund handelen een bevrijdende vergunning voorlegt of indien de beklaagde stelt dat een belastende vergunningsvoorwaarde onverbindend is.

Op inhoudelijk vlak strekt de wettigheidscontrole zich niet alleen uit tot een toetsing aan de formele wet, maar ook tot een toetsing aan verdragen en aan de zogenaamde algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waartoe ook de rechtszekerheid en het zorgvuldigheidsbeginsel horen (16). In de praktijk kan een toetsing van vergunningsvoorwaarden aan laatstgenoemde beginselen van groot belang zijn (17). Een aardig voorbeeld daarvan is een arrest voor het Hof van Beroep te Antwerpen (18), waar het handelde over een situatie waarbij een bedrijf sedert 1976 over een lozingsvergunning beschikte waarvan de voorwaarden steeds werden nageleefd, die plots in 1987 werden vervangen door zeer strenge lozingsvoorwaarden waarvan het bestuur nadien zelf heeft ingezien dat deze onredelijk waren omdat de voorwaarden in een vergunning van 1988 wederom werden versoepeld. Terzake beslist het Hof dat de strafrechter overeenkomstig art. 159 G.W. dient na te gaan of het bestuur bij het opleggen van de vergunningsvoorwaarden de wettelijke voorwaarden en de beginselen van behoorlijk bestuur heeft nageleefd. Het Hof beslist dat de bezwarende lozingsvoorwaarde voorgeschreven in de vergunning van 1987, waarbij de eerder bestaande vergunning drastisch werd verstrengd wegens onredelijkheid als onwettig dient te worden beschouwd. De beklaagde werd dan ook vrijgesproken van de ten laste gelegde schending van de onwettige vergunningsvoorwaarde (19).

(14) A. DE NAUW, *o.c.*, 85-86.

(15) Zie ook Corr. Gent 13 september 1993, *T.M.R.* 1994, 124: "Ook de strafrechter is gehouden de wettigheid te toetsen. Zelfs ambtshalve, en dus niet enkel wanneer hij geconfronteerd wordt met een exceptie van illegaliteit die, zoals in casu, door de verdachte wordt opgeworpen."

(16) M.A. FLAMME, *Droit Administratif*, Brussel, Bruylant, 1989, I, n° 243; A. DE NAUW, *o.c.*, 86; E. GOETHALS, *l.c.*, 93-94; A. ALEN, "De raadsels van artikel 107 van de Belgische Grondwet", *R.W.* 1984, 1734; D. RYCKBORST, "Legaliteitscontrole en marginale toetsing bij vergunningen", *T.M.R.* 1993, 54.

(17) Zo toetst het Hof te Gent een lozingsvergunning aan de beginselen van behoorlijk bestuur, het redelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel en beslist het dat de opgelegde voorwaarden niet manifest onredelijk zijn (Gent 26 april 1993, *T.M.R.* 1994, 423).

(18) Antwerpen 15 november 1996, *T.M.R.* 1997, 290.

(19) Ook in stedenbouwwaken treft men regelmatig de wettigheidstoetsing aan. Zie o.m. Corr. Gent 11 april 2000, *T.M.R.* 2000, 366.

De gevolgen van de problematiek van de toetsing van administratieve rechtshandelingen zijn voor de praktijk natuurlijk bijzonder groot. Indien immers op grond van de wettigheidscontrole wordt beslist dat een vergunning onwettig is, dan betekent zulks dat de strafrechter een bevrijdende vergunning waarop de beklaagde zich beroept voor onbestaande kan houden en bijgevolg het ten laste gelegde handelen zonder vergunning bewezen kan verklaren. Indien de rechter meent dat een bezwarende vergunningsvoorwaarde onwettig is, zal hij deze voor ongeschreven houden en de verdachte dienen vrij te spreken van de ten laste gelegde schending van deze onwettige vergunningsvoorwaarde. In de jurisprudentie zijn daarvan thans vele voorbeelden te vinden (20). Wanneer evenwel na wettigheidstoezicht blijkt dat de vergunning niet werd genomen met machtsafwending, machtsoverschrijding of met schending van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan de strafrechter het ten laste gelegde handelen in strijd met de vergunningsvoorwaarden bewezen verklaren en, behoudens het voorhanden zijn van strafuitsluitingsgronden, de beklaagde terzake veroordelen (21).

Het belang van de toetsing van administratieve rechtshandelingen is recent nog door het Hof van Cassatie onderstreept, juist in een milieustrafzaak. Het Hof van Beroep had een wettigheidsexceptie niet adequaat onderzocht in verband met de schending van vergunningsvoorwaarden. Het Hof van Cassatie beslist daarop:

"Overwegende dat eiser in de context van de hem verweten tenlastelegging de onwettigheid van de overheidsbeslissing opwerpt; dat de appèlrechters aldus in dezelfde context de opgeworpen onwettigheid moeten onderzoeken" (22)

Nu de appèlrechters dit niet hadden gedaan volgde vernietiging van het arrest van het Hof van Beroep.

Het spreekt voor zich dat toetsing ook een belangrijke rol kan spelen in verband met de problematiek van het gedogen. Er is dan sprake van een situatie die vergelijkbaar is met een toetsing van een bevrijdende vergunning. Denkbaar is immers dat de vervolgte justitiabele niet over een formele vergunning zou beschikken, maar wel bijvoorbeeld over een verklaring van de administratieve overheid dat de door de rechtsonderhorige uitgevoerde activiteit niet vergunningsplichtig is. Wanneer die verklaring als een administratieve rechtshandeling wordt gekwali-

(20) Zie bv. Gent (10e Kamer), 7 oktober 1994 inzake O.M./Colle, onuitg.; Corr. Gent (21e kamer), 14 februari 1995 inzake O.M./Debo en Roets, onuitg.; Art. 159 G.W. geeft de strafrechter een controletaak die ook slaat op beslissingen over de herstelmaatregel; de rechter is zeker geen slaafse uitvoerder van wat de administratie beslist. Zie ook Gent (10e Kamer), 31 mei 1996 inzake O.M./Vanderhaeghen, onuitg. en Corr. Gent (21e Kamer), 17 september 1996 inzake O.M./Kindt, onuitg.

(21) Zie Gent 26 april 1993, *T.M.R.* 423; Gent 3 mei 1996, *T.M.R.* 1997, 55; Gent 15 december 2000, *T.M.R.* 2001, 471.

(22) Cass. 9 november 1999, *R.W.* 2000-01, 728.

ficeerd, die voor toetsing door de strafrechter vatbaar is dan zou de dogmatisch juiste beoordeling van dit fenomeen er in bestaan te onderzoeken of die administratieve rechtshandeling als wettig dient te worden gekwalificeerd. Beslist de strafrechter dat die administratieve rechtshandeling wettig was dan zal het gevolg zijn dat het ten laste gelegde en bewezen verklaarde handelen van de beklaagde niet als strafbaar feit kan worden gekwalificeerd. Is de strafrechter na toetsing echter van mening dat de gedoogverklaring van de administratie onwettig is dan zal het bewezen verklaarde handelen van de beklaagde wel als strafbaar feit kunnen worden gekwalificeerd. Er staat dan immers vast dat gehandeld werd zonder vergunning. Of betrokkene dan uiteindelijk wordt veroordeeld, zal afhangen van de vraag of hij nog met succes op een rechtvaardigingsgrond beroep kan doen.

Zo wordt eveneens duidelijk dat de strafrechter de administratiefrechtelijke beoordeling van de rechtmatigheid van het gedogen dus ook niet uit de weg zal kunnen gaan. Immers, net zoals dat bij de wettigheidstoetsing het geval is, zal ook in deze hypothese de strafrechter de rechtmatigheid van het gedogen aan een volle toetsing (dat wil zeggen aan de wet en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) dienen te onderwerpen. De bestuursrechtelijke criteria waaraan gedogen dient te beantwoorden om rechtmatig te zijn, zullen daarbij evident een belangrijke rol spelen.

§ 4. WETTIGHEIDSTOETSING VERSUS ADMINISTRATIEF BEROEP

4. Een voor de praktijk bijzonder belangrijke vraag is, hoe de strafrechter dient om te springen met de toetsing wanneer door de rechtsonderhorige administratief beroep werd ingesteld of beroep werd gedaan op de Raad van State. Ook dat is een vraag die voor de strafrechtelijke beoordeling van het gedogen van enige relevantie is. Denkbaar is immers dat een gedoogproblematiek in het kader van een administratieve procedure een rol heeft gespeeld. De administratieve overheid zou bijvoorbeeld gedurende langere tijd een situatie kunnen hebben gedoogd, waardoor de rechtsonderhorige stelt er van uit te zijn gegaan dat geen vergunningsplicht meer bestond. Omdat de administratieve overheid dit standpunt bestreed, kan een procedure worden ingesteld, bijvoorbeeld bij de Raad van State omdat de rechtsonderhorige daar de stelling betreft dat, anders dan de administratie stelt, het handelen niet vergunningsplichtig is. Het feit dat de administratie de situatie heeft gedoogd, kan daarbij voor de rechtsonderhorige een argument in zijn betoog zijn. Die situaties doen zich in de rechtspraktijk regelmatig voor. Vraag die dan uiteraard rijst, is hoe de strafrechter daarmee om dient te gaan, temeer daar een lang tijdsverloop kan optreden voordat de administratieve rechter (meer bepaald de Raad van State) uitspraak heeft gedaan. Ook is deze problematiek interessant juist omdat bij de beantwoording van de vraag hoe de strafrechter met een administratief beroep dient om te gaan ook de in de inleiding aangehaalde eenheid van de rechtsorde (die ook voor de beoordeling van het gedogen van belang is) een rol speelt.

I. Ambtshalve toetsing blijft bestaan

5. Belangrijk is dat in België – in tegenstelling tot de (oudere) jurisprudentie in Nederland en Duitsland – aangenomen wordt dat de ambtshalve toetsingsplicht van de rechter blijft bestaan ook indien de mogelijkheid van een administratieve rechtsgang, bijvoorbeeld bij de Raad van State bestond (23). Het feit dat de justitiabele geen administratief beroep aantekende tegen een vergunningsbeslissing belet niet dat de strafrechter krachtens artikel 159 van de Grondwet de wettigheid van deze administratieve rechtshandeling dient te onderzoeken. De omstandigheid dat geen administratieve rechtsgang is benut of dat de beroepstermijn van deze rechtsgang is verstreken, doet aan de grondwettelijke plicht tot toetsing geen afbreuk (24). Dit werd recent nog eens bevestigd door een uitspraak van het Hof van Beroep te Gent. Het Hof toetste in casu een vergunningsbeslissing, betreffende de norm voor chloriden, aan de motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, en meer in het bijzonder het BBT-beginsel, hoewel door de beklaagde geen administratief beroep tegen deze vergunningsbeslissing was aangetekend. Nu volgens het Hof geen sprake was van schending van deze beginselen volgde een veroordeling (25).

Indien dus een mogelijkheid van een beroep op de Raad van State voor de rechtsonderhorige aanwezig was en deze daarvan geen gebruik heeft gemaakt, blijft de toetsingsplicht toch bestaan. Alleen indien de Raad van State bij vernietigingsarrest uitspraak heeft gedaan over de geldigheid van de betreffende administratieve rechtshandeling bindt deze uitspraak uiteraard ook de gewone rechter gelet op het *erga omnes* karakter van vernietigingsarresten van de Raad van State.

II. Schorsing ter behoud van eenheid der rechtsorde

6. Lastiger is de vraag hoe de rechter dient te handelen indien de rechtsonderhorige een administratief beroep bij de overheid of een vernietigingsberoep bij de Raad van State heeft ingesteld tegen een administratieve rechtshandeling en op administratief vlak nog geen beslissing werd geveld. Dit probleem is bijzonder precair temeer daar vernietigingsarresten van de Raad van State retroactief werken. Daaruit volgt dat indien de gewone rechter het administratiefrechtelijk oordeel niet afwacht zulks tot tegengestelde oordelen zou kunnen leiden. Het is immers mogelijk dat iemand vervolgd werd voor een inbreuk op een belastende ver-

(23) Voor een rechtsvergelijkend overzicht zie D. ROEF, *o.c.*, 2001, 406-470; M. FAURE en J.C. OUDIJK, "Die strafgerichtliche Überprüfung von Verwaltungsakten im Umweltrecht", *Juristen Zeitung* 1994, 86-91.

(24) Gent 16 december 1994, *T.M.R.* 1996, 191. Zie ook D. ROEF, *Strafbare Overheden* (diss.), Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 461 e.v.

(25) Gent 15 december 2000, *T.M.R.* 2001, 471.

gunningsvoorwaarde waartegen hij in beroep was gegaan bij de Raad van State. Hangende het vernietigingsberoep bij de Raad van State veroordeelt de strafrechter de beklagde, eventueel zelfs met oplegging van rechtstreekse maatregelen zoals het herstel in natura. Achteraf kan de Raad van State met terugwerkende kracht vaststellen dat de vergunningsvoorwaarde waarvoor inmiddels vernietiging plaatsvond onwettig was. Zulks lijkt problematisch in het geval er een strafrechtelijke veroordeling plaatsvond wegens inbreuk op een vergunningsvoorwaarde waarvan de Raad van State achteraf vaststelt dat deze onwettig was. Teneinde dit mogelijk conflict met het beginsel van de eenheid van de rechtsorde te vermijden, zou de strafrechter kunnen beslissen de vervolging te schorsen zolang nog niet op definitieve wijze uitspraak was gedaan over de vergunningsvoorwaarde op administratiefrechtelijk vlak (26). Het nadeel van een dergelijke schorsing is uiteraard dat het de behandeling van de strafzaak enorm kan vertragen gelet op de jarenlange vertraging bij de Raad van State. Ook maakt in dit geval de strafrechter zich uiteraard volkomen afhankelijk van de administratieve uitspraak. Maar daar staat tegenover dat in de huidige vorm van strafbaarstelling de strafrechter zijn autonomie toch reeds was verloren omdat immers alleen een inbreuk op administratieve rechtsplechten is strafbaar gesteld. Of men dit nu leuk vindt of niet: *de lege lata* is het milieustrafrecht uitsluitend "bestuursaccessoir" en kan het geen zelfstandige bescherming aan ecologische rechtsgoederen verlenen. De schorsing van de strafvervolgning, hangende de administratieve procedure over de administratieve rechtshandeling die strafrechtelijk dient te worden gesanctioneerd, lijkt bijgevolg theoretisch de meest logische processuele consequentie van de administratieve afhankelijkheid op materieelrechtelijk vlak.

III. Strafbaarheid onvergund handelen

7. De vraag rijst echter of men het zojuist gepropageerde systeem ten aanzien van de belastende vergunningsvoorwaarde ook zou dienen toe te passen ten aanzien van de bevrijdende vergunningsvoorwaarde. Nog al eens wordt immers een activiteit reeds ontplooid zonder dat de betreffende exploitant over de nodige vergunningen beschikt. Strafrechtelijke vervolging wordt dan doorgaans ingesteld teneinde de exploitant ertoe aan te zetten de vereiste vergunningen aan te vragen. De vraag rijst of ook in dat geval kan worden geargumenteed dat de strafrechter de administratiefrechtelijke uitspraak dient af te wachten, zijnde in casu de eventuele vergunningverlening. Dit geval ligt wellicht moeilijker dan de belastende vergunningsvoorwaarde omdat een vergunning in principe steeds dient te worden verkregen vooraleer men een activiteit start (27). In beginsel blijft derhalve de niet-vergunde periode illegaal en werkt de vergunning alleen voor de toekomst. Maar het is evenwel niet uitgesloten dat, afhankelijk van de vergunning waarover

(26) Zie over het beginsel van de eenheid van rechtsorde D. ROEF, o.c., 2001, 439-446.

(27) Aldus ook Corr. Gent (22e kamer), 6 juni 1996 inzake O.M./van Thuyne en Ide, onuitg.

het gaat, de vergunningverlenende overheid een retroactiviteit aan de vergunning verleent, hetgeen bijgevolg ook de strafbaarheid voor het verleden zou weg nemen. Of dat mogelijk is, is afhankelijk van de inhoud van de op de vergunningverlening toepasselijke milieuwet of milieudecreet. Ten aanzien van het Vlaamse afvalstoffendecreet heeft de Raad van State beslist dat deze een retroactieve vergunningverlening niet toelaat (28). De mogelijkheden daartoe lijken inderdaad beperkt, maar uitgesloten is het niet. Ook bij het vervolgen wegens onvergund handelen, zou een ultieme consequentie van de administratieve afhankelijkheid bijgevolg kunnen zijn dat de strafrechter dient te wachten tot over de vergunningsaanvraag uitspraak is gedaan teneinde de reikwijdte in de tijd van de vergunning te beoordelen.

IV. Rechtspraak

8. Hoewel vanuit het beginsel van de eenheid van rechtsorde wel degelijk argumenten kunnen worden aangevoerd om tot schorsing van de strafvordering over te gaan, laat de rechtspraak een totaal ander beeld zien. De feitenrechtters lijken over deze kwestie verdeeld (29). Zo heeft het Hof van Beroep te Antwerpen in enkele ongepubliceerde arresten reeds de schorsing der vervolging uitgesproken teneinde de uitspraak op administratiefrechtelijk vlak af te wachten. In een arrest van 15 januari 1992 (30) werden de debatten heropend teneinde kennis te nemen van de eindbeslissingen in verband met twee voor de Raad van State hangende procedures; de zaak werd op onbepaalde datum uitgesteld en de verjaring van de strafvordering werd opgeschort tot op de datum van voormelde eindbeslissingen. In april 1995 is in deze zaak een eindarrest tussengekomen (31). Ook in een ander arrest kwam het Hof van beroep te Antwerpen tot eenzelfde uitspraak (32). Wel onderzocht het Hof steeds of de mogelijkheid bestaat om bepaalde gemaakte constructies administratief te regulariseren; is dat niet het geval dan heeft een uitstel ter regularisatie uiteraard ook geen zin (33). Ook de correctionele rechtbank te Gent stelde in een – incidentele – uitspraak een zaak onbepaald uit in afwachting van een arrest van de Raad van State (34). Daar tegenover staat de vaste rechtspraak van het Hof van Beroep te Gent die bepaalt dat er geen reden is om de procedure te schorsen totdat de Raad van State uitspraak zal hebben gedaan, omdat het Hof de

(28) R.v.St. 1 april 1999, R.W. 2000-01, 92.

(29) M. FAURE, "Strafuitsluitingsgronden in het milieustrafrecht", T.M.R. 1998, 192-193.

(30) Antwerpen (7e Kamer), 15 januari 1992 inzake O.M. CUPPENS, JACOBS e.a./STEEN-SELS, onuitg.

(31) Antwerpen (7e Kamer), 19 april 1995, zelfde partijen, onuitg.

(32) Antwerpen (10e Kamer), 10 januari 1995, T.M.R. 1996, 89; onbepaald uitstel tot de eindbeslissing op administratief vlak.

(33) Antwerpen (10e Kamer), 4 maart 1994 inzake O.M., Vlaams Gewest e.a./Van Hove, onuitg.

(34) Corr. Gent (22e Kamer), 2 september 1994 inzake O.M./Dhavé, onuitg.

wettigheid van de administratieve beslissingen zelf kan toetsen (35). Dit werd recent nog eens bevestigd in een uitspraak van 19 april 2001 waarin het Hof heeft geoordeeld:

“Het beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State tegen de weigering tot het verlenen van een regularisatievergunning [...] vormt geen wettelijk beletsel voor het instellen of het uitoefenen van de strafvordering, laat staan dat omtrent de ten laste gelegde feiten zoals aangevuld en gekwalificeerd niet zou kunnen worden geoordeeld ten gronde. Zelfs indien de Raad van State het annulatieberoep van de beklaagde inwilligt, impliceert dit niet automatisch dat de beklaagde voor de instandgehouden werken over een vergunning beschikte, die deze instandhouding voorafging. Tot de dag van de regularisatie blijft het misdrijf van instandhouding van de niet-vergunde constructies strafbaar, zodat de beslissing van de Raad van State terzake niet relevant is voor het bestaan van de ten laste gelegde misdrijven.” (36).

V. Schorsing van de verjaring en het standpunt van het Hof van Cassatie

9. Strafrechtelijk moet trouwens worden opgemerkt dat natuurlijk wel de vraag rijst of aan de schorsing van een vervolging ook de consequentie kan worden geknoopt dat de verjaring wordt geschorst gedurende de periode dat de administratieve procedure nog niet is beëindigd. Verjaringsproblemen zouden dan kunnen worden vermeden terwijl anderzijds wordt voorkomen dat op strafrechtelijk vlak een uitspraak wordt gedaan die mogelijk in conflict kan komen met een administratiefrechtelijke uitspraak (37).

Juist op dat punt heeft het Hof van Cassatie evenwel beslist in een arrest van 4 oktober 1994 dat de omstandigheid dat bij de Raad van State een beroep tot nietigverklaring van de weigering tot het verlenen van een regularisatievergunning aanhangig is, geen wettelijk beletsel vormt voor het instellen of het uitoefenen van de strafvordering. Derhalve schorst een dergelijk beroep bij de Raad van State volgens het Hof van Cassatie de verjaring van de strafvordering niet (38). Het Hof van Cassatie heeft daarmee dus beslist dat een beroep bij de Raad van State de verjaring van de strafvordering niet schorst. Bij een eventuele schorsing kunnen er op dat vlak dus eventueel problemen ontstaan, hoewel dat niet noodzakelijk zo moet

(35) Gent (10e kamer), 2 februari 1995 inzake O.M./Taveirne, onuitg. Tegen dit arrest werd een cassatievoorziening ingesteld. Zie in dezelfde zin: Corr. Gent 13 september 1993, *T.M.R.* 1994, 124; Gent 3 mei 1996, *T.M.R.* 1997, 55; Gent 2 februari 1995, *T.M.R.* 1996, 90; Gent 25 oktober 1996, *T.M.R.* 1998, 23.

(36) Gent 19 april 2001, *T.M.R.* 2002, 433.

(37) D. ROEF, o.c., 2001, 464-469.

(38) Cass. 4 oktober 1994, *R.W.* 1997-78, 675.

zijn, aangezien vele milieudelicten voortdurende of voortgezette misdrijven zijn (39). Dit geldt bijvoorbeeld ook ten aanzien van een exploitatie zonder vergunning in afwachting van een uitspraak van de Raad van State; bij dergelijke delicten geldt dat zij voortduren tot aan de vergunningverlening zodat de verjaring niet als een ernstig risico dient te worden beschouwd bij schorsing van de strafvordering.

Inmiddels heeft het Hof van Cassatie zijn jurisprudentie op dit punt bevestigd in een uitspraak van 11 december 2001. Ook in deze zaak stond de vraag centraal of een beroep bij de Raad van State tot nietigverklaring van de weigering tot het verlenen van een regularisatievergunning een wettelijk beletsel vormt voor de uitoefening van de strafvordering. Het Hof van Cassatie komt tot het oordeel dat er geen algemeen rechtsbeginsel van “de eenheid van rechtsorde” bestaat en dat het onwettig instandhouden van de zonder voorafgaande en schriftelijke vergunning uitgevoerde werken bestaat tot aan het herstel in de vorige staat of de regularisatie volgens een desbetreffende vergunning. De rechter moet uiteraard wel rekening houden met ondertussen verleende vergunningen. Het Hof van Cassatie voegt daar nog uitdrukkelijk het volgende aan toe:

“Overwegende dat, krachtens artikel 15 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering, het in de regel aan de rechter behoort om te beslissen over een administratief geschil dat als verweer incidenteel voor hem wordt opgeworpen; Dat de verjaring van de strafvordering door een hangende annulatieprocedure voor de Raad van State niet wordt geschorst;

Overwegende dat de relevantie van de, krachtens artikel 159 Grondwet, opgeworpen wettigheidsexceptie wordt bepaald door de vraag of de tegen de beklaagde gerichte strafvordering op een administratieve beslissing berust waarvan de wettigheid moet worden nagegaan; dat dit niet het geval is wanneer de strafvervolgning niet stoelt op de weigering van de overheid om een vergunning af te leveren maar op de overtreding van het wettelijk verbod zelf; dat geen tegenstrijdigheid kan ontstaan tussen het arrest van de Raad van State dat de nietigheid van een weigeringsbeslissing uitspreekt, en de uitspraak van de strafrechter voor wie, in de context van de te beoordelen telastelegging, de opgeworpen onwettigheid van deze weigering voor de beslissing over de strafvordering en het hieraan gekoppelde herstel relevant is;

Dat het bevelen van dit herstel zonder de afloop van de regularisatieprocedure af te wachten het recht van verdediging noch het recht op een eerlijk proces van de beklaagde miskent” (40).

(39) Over de verjaringsproblematiek bij milieudelicten zie ook M. FAURE, “Toerekening en probatie-uitstel bij waterverontreiniging”, (noot bij Corr. Gent 11 juni 1992), *T.M.R.* 1993-3, 169-171.

(40) Cass. 11 december 2001, *T.M.R.* 2001, 247.

Belangrijk in dit arrest is uiteraard de expliciete verwerping van het beginsel van de eenheid van rechtsorde en dat een beroep bij de Raad van State de verjaring van de strafvordering niet schorst. Cruciaal is echter ook het oordeel dat de (toetsing van de) onwettigheid van de weigering tot regularisatie "voor de beslissing over de strafvordering en het hieraan gekoppelde herstel irrelevant is" voorzover de vervolging gebaseerd is op het niet-naleven van de vergunningsplicht. Dit lijkt logisch. Immers: bij het misdrijf van het niet-naleven van de vergunningsplicht ontnemt de aanvraag tot regularisatie de strafbaarheid niet, evenmin als (de onwettigheid van de) overheidsbeslissing die deze regularisatieaanvraag weigert (41).

De vraag rijst wat nu precies de consequenties zijn van dit arrest voor de wettigheidstoetsing en de mogelijkheid tot schorsing van de strafvordering. Volgens annotator Vansant moet uit het arrest worden afgeleid dat enkel in de hypothese waarin de vervolging gebaseerd is op het niet-naleven van uitdrukkelijke vergunningsvoorwaarden, de rechter moet onderzoeken of deze voorwaarde als onderdeel van de overheidsbeslissing waarop de tenlastelegging stoelt wettig is. De vernietiging of krachtens artikel 159 Grondwet buiten toepassing laten van de vergunningsvoorwaarde ontnemt immers de grond van de strafbaarheid zelf (42). Dit zou dan betekenen dat wettigheidstoetsing niet langer mogelijk zou zijn in het geval de vervolging is gebaseerd op het niet-naleven van een vergunningsplicht, bijvoorbeeld wanneer de justitiabele niet (langer) beschikt over een rechtmatige vergunning. Toetsing zou dan irrelevant en dus uitgesloten zijn. Deze interpretatie van het arrest lijkt ons te vergaand. Immers, zoals reeds is betoogd, is het best denkbaar dat ook in gevallen waar de strafvervolging is gebaseerd op het niet-naleven van een vergunningsplicht door de strafrechter krachtens artikel 159 Grondwet kan en moet worden getoetst. Juist wanneer sprake is van bestuurlijk gedogen van een vergunningplichtige situatie lijkt ons dergelijk geval voor te liggen en zal de strafrechter dit gedogen, voor zover deze als een administratieve rechtshandeling kan worden beschouwd, op rechtmatigheid moeten toetsen. Toetsing blijft in een dergelijk geval zeker relevant, omdat immers de strafvordering mede berust op een administratieve beslissing waarvan de wettigheid moet worden nagegaan (zie paragraaf 3). Pas wanneer een oordeel is geveld over de rechtmatigheid van het gedogen, kan worden bekeken of deze wellicht als een strafuitsluitingsgrond kan worden beschouwd. Vansant leidt uit het arrest ook af dat de rechter die wordt geconfronteerd met een wettigheidsexceptie zijn uitspraak niet langer mag uitstellen tot na de uitspraak van de Raad van State over het annulatieberoep, maar dat deze zelf onmiddellijk het wettigheidsonderzoek moet verrichten (43). Het is niet helemaal duidelijk of Vansant dit als een algemene regel formuleert, die in alle ge-

(41) P. VANSANT, "Over de irrelevantie van de administratieve procedures bij de beslissing over straf en hersel", *T.M.R.* 248 (noot bij dit Cassatie-arrest).

(42) *Idem*, 248.

(43) *Idem*, 249.

vallen van wettigheidstoetsing zou moeten worden toegepast (dus een algemeen schorsingsverbod), of dat dit slechts toepasselijk is bij bouw misdrijven waar (dilatatoire) administratieve beroepen tegen weigeringsbeslissingen inzake regularisatieaanvragen een rol spelen. Het is echter wél duidelijk dat het Hof van Cassatie alleen heeft bepaald dat een wettigheidstoetsing *irrelevant* is wanneer de strafvervolging niet stoelt op de weigering van de overheid om een vergunning af te leveren, maar op de overtreding van het wettelijk verbod. In alle andere gevallen blijft toetsing dus wél relevant, namelijk in die gevallen waarin de strafvordering (mede) steunt op de rechtmatigheid van een administratieve beslissing (zoals een gedoogbeschikking). Uit de door het Hof geformuleerde rechtsregel kan ons inziens geen schorsingsverbod worden afgeleid. Het Hof bevestigt in die zin slechts de eerdere jurisprudentie waarin is bepaald dat een annulatieberoep bij de Raad van State geen wettelijk beletsel vormt voor de uitoefening van de strafvordering en voegt daaraan toe wanneer een wettigheidstoetsing relevant is voor de beoordeling van de strafbaarheid. Daaruit volgt niet automatisch dat de strafrechter de strafvervolging niet *mag* schorsen, maar slechts dat hij niet *moet* schorsen (44). Er bestaat inderdaad geen schorsingsverplichting, en al helemaal niet wanneer een wettigheidstoetsing irrelevant is, maar dat betekent nog niet dat het Hof een schorsingsverbod zou hebben gecreëerd (45).

§ 5. GEDOGEN EN DE ONTVANKELIJKHEID VAN HET OPENBAAR MINISTERIE

10. Het gedogen kan, zo werd reeds aangegeven, onder verschillende vormen door de verdachte in het strafproces naar voren worden gebracht. In de eerste plaats zou door de verdachte kunnen worden aangevoerd dat het gedogen het recht van het Openbaar Ministerie tot vervolging heeft aangetast. Met andere woorden: kan het gedogen in de weg staan aan de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie terzake van een ingestelde strafvervolging? Voor een antwoord op deze vraag is het van belang vast te stellen dat naast een aantal wettelijke vervolgingsuitsluitingsgronden, die bij een gedoogsituatie niet relevant zijn, ook buitenwettelijke vervolgingsgronden bestaan die kunnen worden gevonden in de beginselen van een goede procesorde. Het beginsel dat bij een strafvervolging van een gedoogsituatie mogelijk in gedrang komt, is het vertrouwensbeginsel (46). Gedogen kan immers bij de justitiabele het vertrouwen of de verwachting hebben gewekt dat tegen zijn overtreding van de wet niet zal worden opgetreden. De vraag rijst dan of het gedogen kan worden beschouwd als een buitenwettelijke vervolgingsuitsluitingsgrond vanwege de schending door de strafvervolging van het vertrou-

(44) Zo ook D. HOOGE, "De herstelmaatregelen inzake stedenbouw", *R.W.* 1988-89, 1004.

(45) Vgl. M. FAURE, "Strafuitsluitingsgronden in het milieustrafrecht", *T.M.R.* 1998, 192-193.

(46) G.T.J.M. JURGENS, o.c., 1996, 215-216.

wensbeginsel. In dit verband kan een onderscheid worden gemaakt tussen het gedogen door de administratieve overheid enerzijds en door het Openbaar Ministerie zelf anderzijds.

I. Gedogen door het bestuur

11. De jurisprudentie blijkt er niet erg scheutig mee te zijn om het gedogen door het bestuur een invloed te laten hebben op de ontvankelijkheid van de vervolging. Dit is ook begrijpelijk omdat het Openbaar Ministerie zijn rol bij de vervolging van milieudelicten al te zeer ingeperkt zou zien, indien zou worden aangenomen dat zijn vervolgingsrecht zou worden beperkt door het (niet-)optreden van de administratieve overheid en de verwachtingen die daardoor bij de justitiabele worden opgewekt (47). Voor een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel in het strafrecht is daarom van belang dat er sprake is van verwachtingen omtrent het uitblijven van een strafrechtelijke vervolging die zijn opgewekt door een voor de vervolging verantwoordelijke autoriteit dan wel aan die autoriteit zijn toe te rekenen (48). Deze kwestie staat centraal in de DSM-beschikking waarin de Nederlandse Hoge Raad heeft bepaald dat een toezegging van de minister of staatssecretaris van Volksgezondheid en Milieuhygiëne dat tegen een bepaalde activiteit "geen stappen zouden worden ondernomen", bij de verdachte (DSM) niet het vertrouwen kan rechtvaardigen dat het Openbaar Ministerie niet alsnog een strafvervolging tegen de verdachte instelt, nu het gaat om een toezegging van een niet voor het strafvervolgingsbeleid verantwoordelijk orgaan (49). Uit deze uitspraak volgt dus dat het Openbaar Ministerie zich niet gebonden hoeft te achten door toezeggingen over vervolging van organen zoals een milieuadministratie (50). De annotator bij de beschikking stelt dat inderdaad het Openbaar Ministerie een onafhankelijke justitiële instantie is, die in haar taak van rechtshandhaving niet belemmerd mag worden door toezeggingen of daarmee gelijkstaande attitudes van bestuurlijke autoriteiten (51).

(47) Zie o.m. R. VERSTRAETEN, "De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel", in *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in België. Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, 148-149.

(48) G.T.J.M. JURGENS, o.c., 1996, 216.

(49) H.R. 17 december 1985, AB 1986, NJ 1986, 591, noot Th.W. VAN VEEN. Voor een kritiek, zie de bedenkingen van (DSM-jurist) I.G.M. ARNOLD, "De autonomie van de strafrechter en de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie", *TVO* 1986, 382-383. Zie ook M.A. ROBESIN, "Strafrechtelijke mogelijkheden", in *Milieubescherming: Privaatrecht of publiekrecht*, Zwolle, 1991, 118-121.

(50) Voor een vergelijking tussen de DSM-beschikking en het eerste Menten-arrest zie C.P.M. CLEIREN, *Beginselen van een goede procesorde*, Arnhem, 1989, 111-112, in het bijzonder voetnoot 68.

(51) F.H. VAN DER BURG, noot bij H.R. 17 december 1985, AB 1986, 264.

De regel uit de DSM-beschikking is sindsdien ook vaste jurisprudentie: actief gedogen door de bestuurlijke overheid kan het Openbaar Ministerie niet binden en derhalve geen invloed hebben op de ontvankelijkheid van de Officier van Justitie (52). Hiermee kan het Openbaar Ministerie dus een gedoogbeleid van de administratieve overheid behoorlijk doorkruisen. Michiels schreef ooit over gedogen: "Het meest voor de hand liggende effect van gedogen is rechtsverwerking: het verliezen van de bevoegdheid sancties toe te passen" (53). Deze uitspraak is wellicht bestuursrechtelijk gezien correct, maar strafrechtelijk niet omdat het Openbaar Ministerie niettegenstaande een uitdrukkelijke gedoogverklaring het recht blijft houden om te vervolgen. Overigens is de DSM-beschikking ook vanuit een effectief milieustrafrecht te verdedigen. Al te vaak bestaan er immers te nauwe banden tussen de administratieve overheid en het bedrijfsleven waardoor een toezegging van niet-vervolg wellicht te vlug gegeven wordt. Indien het Openbaar Ministerie door een dergelijke toezegging gebonden zou zijn, zou dit de strafrechtelijke handhaving van de milieuwetgeving volkomen lam kunnen leggen. Het is juist een belangrijk correctief op een te grote bestuurlijke toegeeflijkheid dat het Openbaar Ministerie ondanks toezeggingen van het bestuur het recht behoudt om te vervolgen.

II. Gedogen door het Openbaar Ministerie

12. Vervolgens rijst de vraag of het gedogen door het Openbaar Ministerie zelf consequenties kan hebben voor de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Ten aanzien van een passief gedogen door het Openbaar Ministerie wordt doorgaans aangenomen dat dit het vervolgingsrecht niet aantast.

Net zoals de administratieve overheid kan beslissen bij bepaalde gekende overtredingen nog geen P.V. op te stellen teneinde de rechtsonderhorige toe te laten zich te regulariseren kan ook het Openbaar Ministerie ingevolge het opportuniteitsbeginsel beslissen bepaalde milieuovertredingen niet te vervolgen. Dit ontnemt het Openbaar Ministerie echter niet het recht bij voortdurend van de delicten alsnog vervolgingen in te stellen (54).

(52) Dit standpunt is ook in latere jurisprudentie herhaald. Zie H.R. 6 september 1988, *MenR* 1990, 327-330 en Rb. Maastricht 26 juni 1989, *MenR* 1990, 331-343; Rechtbank Amsterdam, 26 april 1991, *MenR* 1991, 121; H.R. 10 maart 1992, *MenR*, 26 m.nt. Addink. Zie ook L.E.M. HENDRIKS en J. WÖRETSHOFFER, *Milieustrafrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, 227.

(53) F.C.M.A. MICHIELS, "Zullen we handhaven?", in P.J.J. VAN BUUREN, G. BETLEM, en T. IJLSTRA, (red.), *Milieurecht in stelling. Utrechtse opstellen over actuele thema's in het milieurecht*, Zwolle, 1990, 37-44.

(54) Zie desbetreffend Cass. 15 november 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 306 en *Pas.* 1989, I, 276. Afwezigheid van vervolging gedurende een bepaalde periode veroorzaakt doorgaans geen onoverkomelijke rechtsdwaling voor de rechtsonderhorige, aldus bv. ook Corr. Brussel 20 november 1992, *Jur. Liège* 1993, 183. Zie daarover ook P. MORRENS, "Gedogen door de toezichthoudende overheid", (noot onder Corr. Gent 28 april 1992), *T.M.R.* 1992, 119-121.

In Nederland wordt hier uitsluitend anders over gedacht wanneer sprake is van actief gedogen door het Openbaar Ministerie. Wanneer het Openbaar Ministerie zelf aan de verdachte heeft toegezegd niet tot vervolging over te gaan, wordt in Nederland getoetst of in vervolging nadien nog in overeenstemming is met de beginselen van een goede procesorde en meer bepaald met het vertrouwensbeginsel (55). Indien blijkt dat de rechtsonderhorige uit een onvoorwaardelijke toezegging van het Openbaar Ministerie het gerechtvaardigd vertrouwen mocht afleiden dat niet zal worden vervolgd, kan onder omstandigheden een latere vervolging in strijd komen met de beginselen van een goede procesorde (56). Dit kan dus meebrengen dat het Openbaar Ministerie in zijn vordering niet-ontvankelijk zal worden verklaard (57).

Overigens mag niet worden vergeten dat zelfs gerechtvaardigde verwachtingen geen absolute bescherming genieten. Wanneer tegenover de opgewekte verwachtingen een zwaarwegend belang staat dat vervolging rechtvaardigt, dan mogen de gerechtvaardigde verwachtingen terzijde worden gesteld (58).

§ 6. GEDOGEN: EEN DOGMATISCHE SITUERING

13. De volgende fasen in het strafproces waarin de vraag naar de strafrechtelijke betekenis van het bestuurlijk gedogen een rol speelt, is bij het onderzoek naar de strafbaarheid van het feit en de strafbaarheid van de dader. Bij het onderzoek naar de strafbaarheid van het feit rijst de vraag of gedogen de wederrechtelijkheid kan doen wegvallen en dus als een rechtvaardigingsgrond kan worden aangemerkt. Bij het onderzoek naar de strafbaarheid van de dader moet worden beantwoord of gedogen als een schulditsluitingsgrond kan worden beschouwd. Alvorens te bekijken of gedogen inderdaad ertoe kan leiden dat de strafbaarheid van het feit of van de dader wegvalt, lijkt het van belang om eerst enkele algemene dogmatische beginselen aangaande de kwalificatie van strafuitsluitingsgronden in herinnering te brengen, ook omdat daarover in de Belgische rechtsleer nogal wat verwarring leek te bestaan.

De toenemende invloed van de heldere Duitse dogmatiek op de Vlaamse strafrechtsleer, maar ook in toenemende mate op de Franstalige penalisten, heeft in belangrijke mate voor een verduidelijking van het begripsmatig onderscheid gezorgd. Dat de zaken dogmatisch niet steeds zuiver werden benaderd, blijkt wel uit

(55) L.E.M. HENDRIKS en J. WORETSHOFER, *o.c.*, 1995, 226.

(56) Aldus besliste de Nederlandse Hoge Raad in H.R. 26 juni 1984, *NJ* 1985, 41.

(57) Zo werd beslist in het eerste zogenaamde Menten-arrest van de Hoge Raad (H.R. 29 juni 1978, *NJ* 1978, 358). Zie daarover verder uitgebreid bij C.P.M. CLEIREN, *o.c.*, 105-107.

(58) Zie de overweging van de H.R. in het eerste Menten-arrest (H.R. 29 mei 1978, *NJ* 1978, 104). Zie tevens G.T.J.M. JURGENS, *o.c.*, 1996, 217.

een in het milieustrafrecht door de verdediging vaak aangehaald arrest van het Hof van Beroep te Gent van 27 juni 1985. In dit arrest verklaarde het Hof een beroep op "noodsituatie" en op "overmacht" gegrond, zodat ontslag van rechtsvervolging volgde, hoewel het Hof deze uitspraak bovendien ook nog staafde door te stellen dat sprake was van "afwezigheid van alle schuld" (59). De annotator schrijft de vrijspraak integraal toe aan AVAS. Toch is het belangrijk deze begrippen duidelijk dogmatisch van elkaar te onderscheiden omdat zij bij de beoordeling van het strafbaar karakter van een handeling op verschillende momenten te situeren zijn.

Zoals bekend valt het onderscheid tussen de rechtvaardigingsgronden en de schulditsluitingsgronden samen met het onderscheid tussen de wederrechtelijkheid en de schuld als elementen van de strafbaarheid. Het lijkt van belang kort op dit onderscheid in te gaan, omdat dit ook relevantie heeft voor de vraag hoe de consequenties van gedogen op strafrechtelijk vlak dienen te worden beoordeeld.

1. De wederrechtelijkheidsvraag

14. Het wederrechtelijkheidsoordeel heeft betrekking op de vraag of de daad als zodanig onrechtmatig was (60). Die onrechtmatigheid kan wegvallen indien voor deze daad een rechtvaardigingsgrond bestaat. Rechtvaardigingsgronden zijn bijgevolg objectief en hebben betrekking op de daad, niet op de dader (61). De sociaal-economische moeilijkheden die bij de naleving van de milieuwetgeving kunnen ontstaan, kunnen de vraag doen rijzen of de dader zich in een noodtoestand bevond. Dit is derhalve een objectief oordeel naar de wederrechtelijkheid van de daad. Verwarring is vooral ontstaan omdat het begrip noodtoestand als zodanig in het Belgische Strafwetboek niet te vinden is. Vandaar dat doorgaans gewerkt werd met het begrip "overmacht" dat onder art. 71 Sw. werd gebracht. De voorwaarden voor de overmacht in de zin van een drang waaraan men niet kan weerstaan, verwijzen dan weer duidelijk naar subjectieve gegevens: zo stelt men

(59) Zie Gent 27 juni 1985, *R.W.* 1986-87, 1691, noot A. VANDEPLAS, "Een beroep op AVAS inzake milieuverontreiniging", en Gent 3 oktober 1985, *R.W.* 1985-87, 1694, noot M. BOES, "Monumentenzorg en subsidiëring". In beide arresten werden deze drie begrippen door elkaar gebruikt om het ontslag van rechtsvervolging te motiveren.

(60) Hoewel dit begrip wederrechtelijkheid uit de Duitse en Nederlandse dogmatiek stamt is het thans ook in de meeste Vlaamse handboeken over strafrecht te vinden. Het belang van het begrip wederrechtelijkheid voor het Belgische strafrecht is toegelicht in een fraaie studie van A. DENAUW, "Is de materiële wederrechtelijkheid een nuttig begrip in het Belgisch strafrecht?", *Panopticon* 1992, 135-156. Het onderscheid tussen 'rechtvaardigingsgronden' en 'schulditsluitingsgronden' wordt overigens ook in de Franstalige literatuur gevolgd in de recente *Introduction au droit pénal* van TULKENS en VAN DE KERCHOVE en in het preadvies van HENNAU-HUBLET en PIRET (*RIDP* 1994, 777-813 en *Rev. dr. pén.* 1993, 257-310).

(61) Zoals TULKENS en VAN DE KERCHOVE het terecht uitdrukken: "Les causes de justification agissent in rem; contrairement dès lors, aux causes de non-imputabilité qui sont strictement personnelles" (*o.c.*, 201). In die zin ook A. DE NAUW, "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", (noot onder Cass. 13 mei 1987), *R.C.J.B.* 1989, 599.

bijvoorbeeld dat het moet gaan om een zodanig ernstig kwaad dat de wilsvrijheid van de dader volledig is uitgeschakeld. De niet-naleving van vergunningsvoorwaarden om sociaal-economische redenen kan bijgevolg niet als een vorm van overmacht in de zin van art. 71 Sw. worden beschouwd (62). De wilsvrijheid van de dader is immers geenszins uitgesloten; hij neemt juist de bewuste beslissing om de redding van zijn bedrijf en de daaraan gekoppelde tewerkstelling te verkiezen boven de investeringen die noodzakelijk zijn voor de naleving van de milieuwetgeving. Daaruit volgt dat problemen die de naleving van de milieuwetgeving op sociaal-economisch vlak meebrengen op het niveau van de wederrechtelijkheid bij de noodtoestand dienen te worden onderzocht (63). De ongelukkige begrippen overmacht of morele dwang kunnen daarbij beter achterwege worden gelaten (64). Gelukkig is nu aangaande de rechtsbasis van de noodtoestand helderheid geschapen dankzij het cassatiearrest van 13 mei 1987 met de fraaie noot van De Nauw (65).

II. De schuldvraag

15. Indien na een onderzoek van de wederrechtelijkheid en de mogelijke rechtvaardigingsgronden zoals noodtoestand door de rechter het besluit wordt genomen dat er geen rechtvaardigingsgronden voorhanden zijn en dat het handelen ook anderszins als wederrechtelijk kan worden gekwalificeerd, kan vervolgens worden onderzocht of de dader ook schuld heeft aan dit wederrechtelijke handelen. Waar de wederrechtelijkheid een onderzoek van de daad veronderstelt, brengt de schuldvraag een onderzoek van de dader mee. Schuld betekent volgens de Nederlandse doctrine verwijtbaarheid. Die verwijtbaarheid van de gedraging bestaat omdat de dader de wederrechtelijke handeling kon en diende te vermijden. Indien de dader de wederrechtelijke handeling niet had kunnen vermijden, is er afwezigheid van alle schuld (66). Volgens Remmelink betekent schuld dat de dader zich redelijkerwijs anders had kunnen gedragen. Indien de dader elke reële mogelijkheid heeft gebruikt om het delict te vermijden, ontbreekt bij hem alle schuld (67).

(62) Zie M. FAURE, *l.c.*, 1998, 192-193; C. HENNAU-HUBLET en J.P. PIRET, *o.c.*, RIDP, 804-805.

(63) Zie over de relatie tussen noodtoestand en het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid, A. DE NAUW, *o.c.*, *Panopticon* 1992, 147-152.

(64) Het Hof te Gent verweet de verdediging de begrippen noodtoestand en overmacht door elkaar te gebruiken (Gent 26 april 1993, *T.M.R.* 1994, 423).

(65) "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", *R.C.J.B.* 1989, 593-630: waarin een duidelijk onderscheid tussen 'morele dwang' en 'noodtoestand' wordt gemaakt.

(66) Aldus W. POMPE, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, 5e ed., Zwolle, Tjeenk Willink, 1959, 126-127.

(67) T. NOYON, G. LANGEMEIJER en J. REMMELINK, "Inleiding", in *Wetboek van Strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 32-33 en D. HAZEWINKEL-SURINGA en J. REMMELINK, *Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht*, Alphen aan den Rijn, Tjeenk Willink, 1981, 140, 296.

De strafrechter zal volgens de Nederlandse doctrine en jurisprudentie derhalve slechts tot het ontbreken van alle schuld besluiten wanneer de verdachte alles wat redelijkerwijs mogelijk was, heeft gedaan om het strafbaar feit te voorkomen (68). Daarvan zijn ook voorbeelden in de Belgische rechtspraak te vinden (69).

Dit schuldbeginsel wordt, zoals bekend, ook door ons Hof van Cassatie hoog in het vaandel gedragen. Het schuldvereiste blijft in het Belgisch (milieu)strafrecht een cruciale rol spelen. Een objectieve strafrechtelijke aansprakelijkheid moet worden uitgesloten, ook in het milieustrafrecht. De theorie van de zogenaamde pure materiële inbreuken volgens dewelke bepaalde strafbare gedragingen (overtredingen en contraventionele wanbedrijven) geen moreel element vereisen (70), wordt door de heersende leer en rechtspraak verworpen (71). Ook het Hof van Cassatie heeft in het ongeijkte balans-arrest de leer van de materiële inbreuken afgewezen (72).

Het schuldbeginsel speelt uiteraard een belangrijke rol in verband met de thematiek van de strafuitsluitingsgronden. Dit komt onmiddellijk tot uiting in de figuur van de onoverwinnelijke rechtsdwaling, die een schulduitsluitingsgrond is (73). Indien immers blijkt dat de dader de wettelijke regeling niet kende of zich omtrent de draagwijdte van de strafbepaling heeft vergist en bovendien vaststaat dat hij bij de informatievergaring niet foutief heeft gehandeld, valt ook de reden voor strafrechtelijke sanctionering weg. Een strafbedreiging zal in dat geval immers geen invloed kunnen hebben op het gedrag van de potentiële dader omdat hij de draagwijdte van de strafbepaling niet kende, niet kon kennen en ook niet behoorde te

(68) Aldus W. VELLINGA, *Schuld in spiegelbeeld, afwezigheid van alle schuld*, (diss.) Arnhem, Gouda Quint, 1982, 293.

(69) Zo besliste het Hof Antwerpen in het Amoco Fina arrest dat er afwezigheid van alle schuld is wanneer de beklaagde alles deed wat hij kon om het personeel te doen beveiligen terwijl niet is aangetoond dat hij de macht had om zelf de productie te stoppen (Antwerpen 26 maart 1993, *T.M.R.* 1993, 239). Hier ziet men duidelijk een ineenvloeden van schuld- en toerekeningsvraag, hetgeen logisch is omdat toerekening niet mogelijk is aan iemand in wiens hoofde schuld ontbreekt.

(70) Dit standpunt heeft hij voornamelijk in zijn proefschrift van 1952 neergelegd (*L'élément moral dans les infractions*, Paris, 1952).

(71) Aldus J. DONCKIER DE DONCEEL, "Responsabilité pénale non individuel", in *Rapports Belges au XIème Congrès International de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978, (603) 607-610; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 264-266; F. GORLE, "Nogmaals over het morele bestanddeel van het misdrijf", *R.W.* 1980-81, 89-102 en CH. HENNAU en J. VERHAEGEN, *o.c.*, 1991, 243.

(72) Cass. 13 december 1994, *R.W.* 1995-96, 533, noot B. SPRIET, "Elk misdrijf – ook dat uit het bijzonder strafrecht – vereist een moreel of schuldbestanddeel". Zie ook reeds Cass. 12 mei 1987, *R.W.* 1987-88, 538, met conclusies Adv.-Gen. DUJARDIN. Zie over dit onderwerp ook E. GOETHALS, "Hoe zwak is de schakel?", *R.W.* 1991-92, (377) 389.

(73) Zie over de schulduitsluitingsgronden verder bij A. DE NAUW, *o.c.*, *R.C.J.B.* 1989, 623; F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 1991, 240-242.

kennen. Dogmatisch leidt de onoverkomelijke rechtsdwaling derhalve tot strafuitsluiting omdat de dader geen schuldverwijt kan worden gemaakt.

Zoals bekend, verwierp de klassieke leer oorspronkelijk de rechtsdwaling als schulduitsluitingsgrond, omdat dit haaks stond op het vermoeden dat iedereen wordt geacht de wet te kennen (74). Maar sedert 1946 aanvaardt het Hof van Cassatie dat ook rechtsdwaling een schulduitsluitingsgrond kan opleveren (75). Hoewel ook de (rechts)dwaling evenmin als de noodtoestand als strafuitsluitingsgrond in boek I van het Strafwetboek kan worden gevonden (76) meent de doctrine dat een wettelijke basis daarvoor in het reeds aangehaalde art. 71 Sw. kan worden gevonden (77). Dit blijkt ook uit de cassatierechtspraak waarin eerst impliciet (78) en nadien zelfs uitdrukkelijk in een cassatiearrest van 13 juni 1980 (79) naar art. 71 Sw. wordt verwezen. Opvallend is dat in dit laatste arrest expliciet wordt overwogen dat dwaling een "grond van rechtvaardiging" vormt wanneer zij onoverkomelijk is. Hieruit blijkt eens te meer dat in de Belgische strafrechtsleer geen systematisch onderscheid werd gemaakt tussen de wederrechtelijkheid en de schuld en derhalve ook niet tussen de rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden. Vandaar dat het Hof van Cassatie in dat arrest tot de merkwaardige uitspraak komt dat dwaling een rechtvaardigingsgrond vormt (80).

§ 7. GEDOGEN EN ONTBREKEN VAN DE MATERIELE WEDERRECHTELIJKHEID

16. Hierboven werd uiteengezet dat de wederrechtelijkheid als element een voorwaarde voor de strafbaarheid is. Die wederrechtelijkheid zal bijvoorbeeld ontbre-

(74) Zie Cass. 31 januari 1898, *Pas.* 1898, I, 77; J. MATTHIJS, "La réglementation pénale de l'erreur", in *Rapports Belges du Xème Congrès International de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 543-546; R. LEGROS, *o.c.*, 53-61 en zie over de dwalingen omtrent de feiten: J. VERHAEGEN, "L'erreur non-invincible de faits et ses effets en droit pénal Belge", *Rev. dr. pén.* 1989, 17-27.

(75) Cass. 10 juli 1946, *Pas.* 1946, I, 293; P.-L. BODSON, *Manuel de droit pénal*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1986, 233; S. BRAHY, "De l'effet justificatif de l'erreur en droit pénal", *Rev. dr. pén.* 1976-77, 339-352 en F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 1991, 241.

(76) Dit overigens in tegenstelling tot de situatie in Duitsland, waar zowel de dwaling als de noodtoestand in het Strafgesetzbuch is opgenomen. Dwaling kan in de paragrafen 16 en 17 StGB worden gevonden; rechtvaardigende noodtoestand in paragraaf 34.

(77) Zie J. MATTHIJS, *l.c.*, 550 en F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 241.

(78) Zie Cass. 29 november 1976, *Pas.* 1977, I, 55, waar een verkeerde toepassing van de voorwaarden voor rechtsdwaling als een schending van art. 71 Sw. wordt beschouwd.

(79) Zie Cass. 13 juni 1980, *R.W.* 1980-81, 586, maar ook voordien reeds Cass. 6 oktober 1952, *Pas.* 1953, I, 37 en F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 241. Ook in de lagere rechtspraak wordt art. 71 Sw. als rechtsgrond voor de strafuitsluiting bij dwaling gegeven; zie bijvoorbeeld Corr. Brussel 28 december 1989, *J.T.* 1990, 330.

(80) Over de dogmatische situering van dwaling zie ook R. VERSTRAETEN, "De beoordeling van de onoverkomelijke dwaling door de rechter", (noot onder Cass. 19 mei 1987), *R.W.* 1987-88, 76.

ken in geval van noodtoestand. Zoals bekend wordt in de doctrine en jurisprudentie noodtoestand als rechtvaardigingsgrond erkend (81). Doorgaans wordt het gedefinieerd als de situatie waarbij de dader een beredeneerde keuze maakt tussen het naleven van de wet of het plegen van een delict om belangrijker schade te vermijden (82). Er moet sprake zijn van een acute noodsituatie waarbij de justitiabele geconfronteerd wordt met een conflict tussen enerzijds de plicht tot naleving van de wet en de plicht om voor een ander beschermenswaardig belang op te komen. Daarnaast dient tevens te zijn voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (83). Indien wordt aangenomen dat de dader zich terecht op noodtoestand beroept, dan zal dit het wederrechtelijk karakter aan de gepleegde handeling ontnemen, hetgeen hierboven werd toegelicht (84). Het zal duidelijk zijn dat gedogen niet onmiddellijk onder de voorwaarden voor noodtoestand lijkt te passen. Het is uiteraard wel mogelijk dat het bestuur een overtreding gedooft in bepaalde situaties die als noodtoestand zouden kunnen worden aangemerkt (85).

Gedogen zou naar onze mening echter wel, onder omstandigheden, als ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid kunnen worden gekwalificeerd. Echter, omdat de wederrechtelijkheid als begrip en voorwaarde voor de strafbaarheid slechts schoorvoetend in de Belgische doctrine en rechtspraak zijn intrede doet, zou een ontbreken van die wederrechtelijkheid vermoedelijk in de Belgische rechtspraak als noodtoestand worden gekwalificeerd.

Belangrijker is na te gaan onder welke voorwaarden gedogen het wederrechtelijk karakter van een gedraging zou kunnen wegnemen. Er zou kunnen worden voorgesteld dat, gelet op de "administratieve afhankelijkheid" van het milieustrafrecht, de administratieve overheid toch over de voorwaarden voor strafbaarheid beslist, tenminste daar waar zij bij het vastleggen van vergunningsvoorwaarden over een "freies Ermessen" beschikt. Indien de administratieve overheid binnen dit gebied van het "freies Ermessen" uitdrukkelijke toezeggingen doet, zou men kunnen overwegen of deze toezeggingen het wederrechtelijke karakter van de op zichzelf onwettige handelingen wegnemen.

(81) Zie daarover verder M. FAURE, "Financiële problemen als rechtvaardigingsgrond voor milieuverontreiniging", *R.W.* 1988-89, 286-297.

(82) Zie P.-L. BODSON, *Manuel de droit pénal*, Luik, Ed. de l'Université, de Liège, 1986, 222-224; P. FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1951, 27-45 en 286-294; G. SCHUND en A. ANDEPLAS, *Traité pratique de droit criminel*, I, Bruxelles, Swinnen, 1980, 170; H. BOSLY, *Les sanctions en droit pénal social Belge*, Brussel, Story-Scientia, 1979, 57; A. DE NAUW, *o.c.*, 88.

(83) Vgl. G.T.J.M. JURGENS, *o.c.*, 1996, 222.

(84) Zie desbetreffend ook J. CONSTANT, *Manuel de droit pénal, Principes généraux du droit pénal positif Belge*, (7ième édition), Luik, 1959, I, 1, p. 561, nr. 412, evenals F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, *o.c.*, 207-209. Contra: P.-L. BODSON, *o.c.*, 226.

(85) G.T.J.M. JURGENS, *o.c.*, 1996, 222-223.

De invloed van het gedogen wordt in Nederland eigenlijk niet op het niveau van de wederrechtelijkheid onderzocht, maar veeleer bij de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie en bij de schuldvraag. Alleen Van Buuren suggereerde dat de gekwalificeerde gedoogverklaring als een rechtvaardigingsgrond zou kunnen worden beschouwd (86). Ook Van der Meijden merkt zijdelings op dat gedogen zou kunnen meebrengen dat het gedrag van de verdachte niet wederrechtelijk is omdat er toestemming van de benadeelde is (87). In de Duitse literatuur is evenwel zeer regelmatig onderzocht in hoeverre gedogen rechtvaardigend zou kunnen werken (88).

Wellicht kan de wederrechtelijkheid in bijzondere omstandigheden ontbreken, maar dan moet er toch aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. Ten eerste kan er uitsluitend ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid zijn bij actief gedogen (uitdrukkelijke toezegging), niet bij louter passief stilzitten: dit ontnemt het rechtmatig karakter aan het handelen niet (89). Ten tweede moet het gedogen uitgaan van een overheid die bevoegd is om de onrechtmatige handeling te legaliseren, bijvoorbeeld door een vergunningverlening. Daaruit volgt dat het in beginsel moet gaan om een gedogen door de (bevoegde) (90) vergunningverlenende overheid en niet slechts om gedogen door het bestuur dat voor de handhaving bevoegd is (indien dit gescheiden is van de vergunningverlenende overheid). Ten derde moet het voorwerp van het gedogen binnen de bevoegdheid van de gedogende overheid liggen. Daaruit volgt dat het gedogen dat bijvoorbeeld emissies plaatsvinden die boven de vastgelegde grenswaarden liggen, niet tot het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid kan leiden. Maar indien het bestuur bevoegd is voor het vastleggen van vergunningsvoorwaarden, doch het bedrijf bijvoorbeeld door de lange duur van de vergunningsprocedure de vergunning niet tijdig kan verkrijgen en het bestuur als overgangsmaatregel een gedoogverklaring zou afgeven met daarin de voorwaarden die de ondernemer dient te volgen, zou men kunnen overwegen of de materiële wederrechtelijkheid ontbreekt indien de ondernemer de voorwaarden van de gedoogverklaring volgt, hoewel hij formeel de wet schendt (91).

(86) P.J.J. VAN BUUREN, *Gedogen besturen* (oratie), Deventer, 1988, 36-37 en P.J.J. VAN BUUREN, "Gedogen besturen in het milieurecht", *MenR* 1990, 74.

(87) D. VAN DER MEIJDEN, "Gedogen gaat van au", *NJB* 1988, 1373.

(88) Zie bijvoorbeeld het proefschrift van D. GENTZCKE, "Informales Verwaltungshandeln um Umweltstraftrecht. Eine verwaltungs- und strafrechtsdogmatische Untersuchung am Beispiel der behördliche Duldung im Wasserrecht", in G. HEINE (red.), *Arbeiten zum Umweltrecht*, Freiburg i. Br., 1990.

(89) K. ROGALL, "Gegenwartsprobleme des Umweltstraftrechts", in *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Keulen, 1988, 525.

(90) *Ibidem*.

(91) In dezelfde zin P.J.J. VAN BUUREN, *MenR* 1990, 74 en H.J. RUDOLPHI, "Primat des Strafrechts im Umweltschutz", *NSZ* 1984 198. Contra P. CRAMER, in A. SCHONKE en H. SCHRODER (red.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 23e druk, München, 1988, 2051.

De vraag of gedogen door een vergunningverlenende overheid de wederrechtelijkheid wegneemt, kan in de Belgische rechtspraak in het bijzonder rijzen in situaties waarin sprake is van een vertraging bij de vergunningverlening. Denkbaar is dat een activiteit werd uitgeoefend conform een wettige vergunning en dat deze verstrijkt vooraleer de nieuwe vergunning is verleend. Indien de justitiabele tijdig een aanvraag tot hernieuwing indiende en uitblijven ervan enkel aan de nalatigheid van de overheid is te wijten kan worden verdedigd dat de justitiabele niet wederrechtelijk heeft gehandeld. In dit geval is echter geen sprake meer van een dwaling of schuldsluitingsprobleem. De rechtsonderhorige weet immers dat hij door het uitblijven van de vergunning in strijd met de wettelijke norm handelt, maar hij kan eenvoudig niet anders. Verdedigbaar is dan ook dat hier de strafbaarheid wegvalt bij gebreke aan materiële wederrechtelijkheid (92). Aldus werd beslist door de correctionele rechtbank te Antwerpen onder de volgende motivering:

"Overwegende dat aangaande de tenlastelegging B gedaagden chronologisch verhalen hoe de exploitatievergunning verliep op 4 februari 1986, tijdig een vergunningsaanvraag werd gedaan, die slechts resulteerde in een tot beschikking stellen van een nieuwe exploitatievergunning op 23 november 1988; Overwegende dat de ingeroepen rechtvaardigingsgrond door noodtoestand, het laatsttijdig toekennen van de nieuwe vergunning door de overheid, door de rechtbank aanvaard wordt en de tenlastelegging B niet bewezen is" (93).

Terecht kwalificeert de rechtbank de vraag naar de juridische effecten van het uitblijven van een tijdig aangevraagde vergunning als een probleem van noodtoestand en niet als een probleem van rechtsdwaling.

Hoewel dit vonnis bijzonder interessant is omdat het illustreert dat de gedoogproblematiek strafrechtelijk onder omstandigheden correct als wederrechtelijkheidsprobleem (en niet als schuldvraag) kan worden onderzocht, moet tegelijk worden vastgesteld dat deze situatie doorgaans de uitzondering zal zijn. Immers, de casus die zojuist werd besproken, handelde nog over een exploitatievergunning die werd afgegeven conform het ARAB. Destijds bestonden er geen vaste termijnen voor het afleveren van nieuwe vergunningen. Onder toepassing van het milieuvergunningsdecreet en de daarop geënte VLAREM-procedure, waarin vaste termijnen zijn voorzien voor de vergunningsprocedure kan de hierboven beschreven situatie zich eigenlijk niet meer voordoen.

(92) Aldus M. FAURE, "De onoverkomelijke rechtsdwaling in milieustrafzaken", *R.W.* 1991-92, 945.

(93) Corr. Antwerpen (33e Kamer), 4 juni 1992 inzake O.M. t. Braunhofer en NV Lemmerz, onuitg. Zulks veronderstelt uiteraard wel dat de beklaagde tijdig de vergunning aanvroeg, anders kan er van noodtoestand geen sprake zijn, aldus Gent 29 juni 1993, *T.M.R.* 1994, 185.

§ 8. GEDOGEN EN ONOVERKOMELIJKE RECHTSDWALING

I. Voorwaarden

17. De vraag waar het bij een rechtsdwaling in de praktijk steeds om draait, is of de justitiabele onwetend mocht zijn, met andere woorden of zijn toestand van dwaling ook onoverkomelijk was. Bij de beantwoording van die vraag zal volgens het Hof van Cassatie onder meer beoordeeld dienen te worden of de dader heeft gehandeld zoals ieder redelijk en voorzichtig persoon onder dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan (94). Indien aan deze voorwaarde is voldaan, kan de dwaling als onoverkomelijk worden beschouwd (95). Dit onderzoek sluit aan bij de hogervermelde beginselen inzake schuld. De vraag zal immers gesteld moeten worden of het wederrechtelijk handelen van de betrokkene verwijtbaar was. Teneinde deze verwijtbaarheid te kunnen beoordelen, zal worden nagegaan of een ander die zich in vergelijkbare omstandigheden bevond de gedraging wel had kunnen vermijden.

Of de justitiabele in een concreet geval heeft gehandeld zoals ieder redelijk en voorzichtig persoon zou hebben gedaan, is uiteraard een feitenkwestie (96). Daaruit volgt dat de feitenrechters in beginsel vrij zijn om te bepalen of uit bepaalde omstandigheden volgt dat de rechtsdwaling in hoofde van de verdachte onoverkomelijk was. Maar uit de cassatierechtspraak blijkt dat het Hof toch in toenemende mate toetst of de feitenrechter wel op grond van de gegeven feiten op wettige wijze tot de conclusie had kunnen komen dat de dwaling onoverkomelijk was. Daaruit volgt dat ook het Hof van Cassatie zal controleren of uit bepaalde feitelijke omstandigheden wel mocht worden afgeleid dat de dwaling onoverkomelijk was (97).

Indien men vervolgens nagaat op welke wijze deze beginselen verder worden concreetiseerd in de rechtspraak met betrekking tot het milieustrafrecht blijkt in de eerste plaats dat de door het Hof van Cassatie naar voren geschoven *bonus pater familias* - standaard ook met zoveel woorden door de feitenrechters wordt toege-

past. Zo besliste de Correctionele Rechtbank te Dinant "*que l'erreur de droit, comme l'erreur de fait, constitue une cause de justification lorsqu'elle est invincible ou, en d'autres termes, si dans les mêmes circonstances, tout homme raisonnable et prudent l'eût commise*" (98). Belangrijk is voorts dat bij deze concretisering van het oordeel steeds een vergelijking zal worden gemaakt met het gedrag van een redelijk en voorzichtig persoon in vergelijkbare omstandigheden als de dader. Derhalve zal bij de beoordeling van de vraag of de dwaling onoverkomelijk was onder meer rekening worden gehouden met de beroepsactiviteit van de betrokkene. Aan een "man van het vak" worden duidelijk strengere eisen gesteld, onder meer inzake het verwerven van accurate informatie over de bestaande wettelijke verplichtingen, dan van de doorsnee burger (99).

Duidelijk komt uit de jurisprudentie ook naar voren dat de goede trouw van de verdachte weliswaar een noodzakelijke, doch zeker geen voldoende voorwaarde is voor de onoverkomelijkheid van de rechtsdwaling (100). Dit is ook logisch. Dat de betrokkene onwetend of dwalend was omtrent de wettelijke verplichtingen betekent immers niet dat die toestand voor hem onoverkomelijk was. Daartoe zal moeten worden onderzocht of ook aan de onderzoeksplicht werd voldaan. Dit werd overwogen in een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Gent van 1969. De beklaagde had zonder vergunning radioactieve ertsen ingevoerd en te koop aangeboden; hij beriep zich op zijn feitelijke onkunde betreffende het gevaarlijk karakter van de stoffen en op zijn goede trouw. Daarop antwoordt de rechtbank echter dat "*indien hij persoonlijk geen kennis had van het gevaar van de stoffen, hij zich had moeten laten voorlichten door de analyse ervan door bevoegde personen*" (101). Daaruit volgt duidelijk dat een beklaagde zich niet achter zijn eigen goede trouw of onwetendheid kan verschuilen. Goede trouw is weliswaar een noodzakelijke voorwaarde voor de onoverkomelijkheid van de rechtsdwaling, maar daarnaast is ook vereist dat de betrokkene als redelijk en voorzichtig persoon heeft gehandeld teneinde de draagwijdte van zijn rechtsplichten te achterhalen (102).

(94) Cass. 6 oktober 1952, *Pas.* 1953, I, 37; Cass. 10 december 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 482. Zie over die voorwaarden ook Ch. HENNAU en J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Brussel, Bruylant, 1991, 195-208, evenals F. TULKENS en M. VAN DE KERCKHOVE, *o.c.*, 240-243 en C. HENNAU-HUBLET en J.P. PIRET, *R.I.D.P.* 1994, 806.

(95) Cass. 29 november 1976, *Pas.* 1977, I, 355; Cass. 23 januari 1984, *Pas.* 1984, I, 560; Cass. 14 januari 1987, *Rev. dr. pén.* 1987, 375; Cass. 15 november 1968, *Pas.* 1969, I, 276.

(96) Aldus ook P.-L. BODSON, *Manuel de droit pénal*, Luik, Ed. de l'Université de Liège, 1986, 235. Zie over de voorwaarden voor de onoverkomelijkheid van de dwaling ook B. DE SMET, "De onoverkomelijke rechtsdwaling als wapen tegen overregulering en artificiële incriminaties", *R.W.* 1992-93, 1288-1295.

(97) Cass. 14 januari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 608 en *Rev. dr. pén.* 1987, 375; Cass. 15 november 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 306 en *Pas.* 1989, I, 276.

(98) Corr. Dinant 7 oktober 1986, *Rev. dr. pén.* 1987, 264; Zie ook Corr. Aarlen 2 februari 1977, *Jur. Liège* 1976-77, 298 en Corr. Charleroi 1 juni 1988, *J.T.* 1988, 625.

(99) Zie in dit verband onder meer P. ARNOU, "Wetenschappelijke expertise en onoverwinlijke dwaling", (noot onder Correctionele Rechtbank Brugge 8 november 1984), *R.W.* 1985-86, 1229, maar ook Brussel 5 december 1984, *R.W.* 1984-84, 2405.

(100) Zie in die zin Bergen 21 mei 1985, *J.T.* 1985, 716 en C. HENNAU-HUBLET en J.P. PIRET, *o.c.*, *R.I.D.P.* 1994, 805-806.

(101) Corr. Gent 13 november 1969, *R.W.* 1969-70, 762.

(102) Zie ook Cass. 27 januari 1969, *Pas.* 1969, I, 485, *Arr. Cass.* 1969, 509 en H.D. BOSLY, *Les sanctions en droit pénal social Belge*, Gent, Story-Scientia, 1979, 63-64. Daarvan is uiteraard geen sprake als de beklaagde zeer goed geïnformeerd is over zijn wederrechtelijk handelen, aldus Corr. Namen 3 februari 1993, *Rev. dr. pén.* 1993, 692.

Gelet op de eis van de informatieplicht, kan een beroep op onoverkomelijke (of verontschuldigbare) rechtsdwaling niet slagen indien het gedogen uitsluitend bestaat uit het stilzitten van het bestuur: van de justitiabele moet een actieve houding om terzake geïnformeerd te raken worden verwacht. Wanneer daarentegen een uitdrukkelijke (gekwalficeerde) gedoogverklaring voorligt, dan is onoverkomelijke rechtsdwaling alleen onder de hierboven aangeduide voorwaarden mogelijk. Van belang is immers dat in zo'n situatie het bestuur zelf expliciet aangeeft dat het tegen een illegale activiteit niet zal optreden. Het wederrechtelijke karakter van de gedraging van de betrokkene wordt door het bestuur zelf naar voren gebracht. De justitiabele kan echter menen dat in de expliciete gedoogverklaring een rechtvaardigingsgrond voor zijn wederrechtelijk handelen voorligt: hij dwaalt omtrent het rechtvaardigende karakter van de gedoogverklaring. Zoals is betoogd, is een beroep op noodtoestand of ontbreken van materiële wederrechtelijkheid dan niet mogelijk, maar de dader kan wel in de overtuiging verkeren dat dit het geval is. Wanneer aldus op onoverkomelijke wijze is gedwaald over het bestaan van een rechtvaardigingsgrond is er sprake van een zogenaamde putatieve rechtvaardigingsgrond en dus een bijzondere vorm van rechtsdwaling. Echter, cruciale eis blijft steeds dat de dwaling verschoonbaar dient te zijn. Het juridisch inzicht van de dader is daarbij van doorslaggevend belang (103). Laten we nu enkele gedoog-situaties nader bekijken teneinde deze algemene beginselen inzake een beroep op rechtsdwaling wat nader toe te lichten.

II. Gedogen door de vergunningverlenende overheid

18. Een eerste vorm van gedogen kan zich voordoen indien er een schijnbaar gedogen is door de vergunningverlenende overheid. Daarvan kan sprake zijn indien de rechtsonderhorige, hetgeen regelmatig gebeurt, informatie aan de overheid vraagt en de administratieve overheid, wellicht door onderbezetting, ondanks herhaalde herinneringsbrieven jarenlang geen respons geeft aan de justitiabele. Deze vorm van passiviteit kan in vele gevallen niet als een vorm van gedogen worden beschouwd; zij impliceert geen stellingname van de overheid aangaande het al dan niet wederrechtelijk karakter van een bepaalde activiteit. Passiviteit van het bestuur wordt dan ook doorgaans door de jurisprudentie niet als een vorm van onoverkomelijke rechtsdwaling beschouwd. Het Hof van Beroep te Antwerpen besliste dan ook dat het niet-antwoorden van de gemeentelijke overheid op een aanvraag van een lozingsvergunning aan het bedrijf geen enkele toelating kan verschaffen om het afvalwater dan maar te lozen (104). Ook de correctionele rechtbank te Antwerpen besliste dat het niet-antwoorden van de administratieve overheid op een vraag niet noodzakelijk onoverkomelijke rechtsdwaling op-

levert (105). De betreffende ondernemer had aan de bevoegde overheid gevraagd of een bepaalde activiteit vergunningsplichtig was. Na een jaar stilzwijgen kwam alleen het antwoord dat men nog op de zaak zou terugkomen. Nochtans werd geoordeeld dat deze houding van de overheid geen onoverkomelijke rechtsdwaling voor de rechtsonderhorige vormde. Naar het oordeel van de rechtbank is het niet de taak van de administratieve overheid om ondernemers achterna te lopen teneinde hen te informeren over welke vergunningen zij dienen te beschikken. Een dissidente mening vindt men slechts in een opvallend vonnis van de correctionele rechtbank te Leuven. In die zaak ging het echter niet om een nalatigheid van de overheid bij het beantwoorden van een brief, maar om het vroeger vaak voorkomend probleem van de vertraging bij de vergunningverlening (106). De Leuvense rechtbank oordeelde in dat verband: "*Dat beklagde aantoonde dat het nodige werd gedaan om de vereiste vergunningen te krijgen; dat het louter te wijten is aan het in gebreke blijven van de bevoegde overheid, die handelde in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur, dat de vergunningen niet binnen een redelijke termijn werden afgeleverd*" (107). Ook binnen het sociaal recht treft men een enkel voorbeeld aan van een uitspraak waarin de passiviteit van de overheid tot vrij-spraak van de beklagde leidt (108).

Het lijkt begrijpelijk dat de rechtspraak niet erg scheutig is om een onoverkomelijke rechtsdwaling aan te nemen zodra de overheid nalaat om een vraag te beantwoorden. De vraag of de passiviteit van de overheid aanvaardbaar is staat immers los van de vraag of de justitiabele ten gevolge van het niet-beantwoorden in dwaling is geraakt. Soms is de gevraagde informatie vaak zo elementair dat deze ook bij stilzitten van de overheid op eenvoudige wijze kan worden verkregen. In dat geval is de dwaling of onwetendheid niet rechtstreeks door de overheid veroorzaakt en zeker ook niet onoverkomelijk.

III. Gedogen door de toezichthoudende overheid

19. Een tweede situatie, die men doorgaans vaker voor ogen heeft indien over gedogen wordt gesproken, is de passiviteit van de toezichthoudende overheid. Vaak

(103) Vgl. G.T.J.M. JURGENS, o.c., 1996, 230-231.

(104) Antwerpen (8e Kamer), 24 november 1988, inzake O.M. t. Schwarz-Presburg en N.V. Moorkens, onuitg.

(105) Corr. Antwerpen (32e Kamer) 29 juni 1987, inzake O.M. t. DE SCHEPPER e.a., onuitg.

(106) In het Vlaams Gewest wordt dit thans beperkt door in het Milieuvergunningsdecreet van 28 juni 1995 vaste termijnen zijn voorgeschreven waarbinnen de beslissing over een milieuvergunningsaanvraag dient te worden genomen.

(107) Corr. Leuven (9e Kamer) 24 februari 1987, inzake O.M. t. De Baerdemaeker, onuitg.; deze vrijpraak werd evenwel ongedaan gemaakt door een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 25 november 1987, zelfde partijen, eveneens onuitg.

(108) Zie Brussel 20 oktober 1972, *Tijdschrift voor Sociaal Recht* 1973, 241: onoverkomelijke rechtsdwaling omdat een brief van een werkgever aan de minister van Arbeid met het verzoek te laten weten onder welk paritair comité zijn bedrijf viel, onbeantwoord bleef.

zal een justitiabele die wordt vervolgd stellen dat de overheid bij hem regelmatig controles deed en nooit enige opmerking heeft geformuleerd aangaande de illegaliteit van bepaalde activiteiten. Het gebrek aan reactie van de overheid wordt dan door de verdediging vaak verwoord als een onoverkomelijke rechtsdwaling: door de passiviteit van de overheid mocht de betrokkene er van uitgaan rechtmatig te handelen, zo wordt dan althans gesteld. Dit argument kwam onder meer aan bod in eerste aanleg in de Bayer-zaak. Daarin werd beslist

„dat de gehele houding van de overheid deze mening illustreert daar er nooit enige opmerking is geformuleerd omtrent de lozingen die inmiddels – dit is hangende vergunningsaanvraag – gebeurden; dat er ook nooit een aanvraag of aanmaning tot staking van de activiteit is geweest, hoewel de overheid op de hoogte was van de lozingen, gelet op hun eigen onderzoeken van de genomen stalen van het lozingswater”.

Daaruit leidde de rechtbank af dat sprake was van onoverkomelijke rechtsdwaling (109). Dwaling werd ook aanvaard in een vonnis van de correctionele rechtbank te Brussel dat handelde over onwettige slachting (zonder voorafgaande keuring door een dierenarts). De exploitant van het slachthuis was blijkbaar dagelijks gecontroleerd door afgevaardigden van het Ministerie van Volksgezondheid en dezen hadden nooit opmerkingen gemaakt over de onwettige werkwijze. De rechtbank leidt daaruit af dat er onoverkomelijke rechtsdwaling was bij de exploitant die bijgevolg werd vrijgesproken (110). Ook in recentere milieustrafzaken wordt (actief) gedogen door de toezichthoudende overheid soms als schuldsluitingsgrond aanvaard (111). Doorgaans moet het dan toch wel om situaties gaan waarin de overheid door het veelvuldig controleren en stilzwijgen, inderdaad bij de burger het vertrouwen heeft gewekt dat rechtmatig werd gehandeld. Een opvallende casus deed zich voor te Gent waar de kortgedingrechter aan het Vlaams Gewest verbod had opgelegd om dwangbevelen te geven houdende verbod tot exploitatie. De exploitant was er, zolang de beschikking gold van uitgegaan dat hij wettelijk had gehandeld. Het Hof van Beroep te Gent stelde dat de exploitant hier weliswaar ten onrechte van uitging (112), maar dat hij toch redelijkerwijze kon oordelen niet in strijd met de wet te handelen, zodat voor deze beperkte periode sprake was van

(109) Corr. Antwerpen (28bis Kamer) 8 mei 1987, inzake O.M. en Greenpeace t. Weijer e.a., onuitg. bevestigd in beroep, maar op andere gronden (Antwerpen (7e Kamer), 6 april 1989), onuitg. Zie daarover M. FAURE, *Preadvies Milieustrafrecht*, 78-79 en E. GOETHALS, “Hoe zwak is de schakel?”, *R.W.* 1991-92, 97.

(110) Corr. Brussel 28 december 1989, *J.T.* 1990, 330.

(111) Corr. Namen 24 maart 1993, *Aménagement* 1994, 151.

(112) Deze uitspraak hield immers alleen in dat de administratieve overheid om welke reden ook, niet bestuursrechtelijk mocht ingrijpen, maar niet noodzakelijk dat het handelen dan ook rechtmatig was.

dwaling (113). Opvallend is eveneens een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Dendermonde aangaande de problematiek van de (illegale) weekendhuisjes (114). De rechtbank oordeelde dat niemand beklagden erop had attent gemaakt dat zij hun huis niet “permanent” mochten bewonen. Bovendien waren alle noodzakelijke nutsvoorzieningen voorhanden en werden gemeentelijke belastingen geheven. De rechtbank besluit daaruit dat de overheid een waar gedoogbeleid voerde met betrekking tot het permanent wonen en de rechtsonderhorigen hier zelf actief toe aanzette. Derhalve besluit de rechtbank tot vrijspraak op basis van onoverkomelijke rechtsdwaling.

Uit deze uitspraken zou men kunnen afleiden dat het verweer van de justitiabelen dat hij uit jarenlang niet-ingrijpen van de overheid ondanks controle mocht afleiden dat hij straffeloos was niet geheel kansloos lijkt. Toch moet zulks worden genuanceerd. In de eerste plaats betekent het enkele feit dat de overheid op bepaalde tijdstippen een controle uitvoert uiteraard niet dat er op andere ogenblikken, waarop geen controle zou zijn, geen illegale activiteiten kunnen plaatsvinden. Bovendien mag uit een enkel passief gedogen door de overheid door de rechtsonderhorige niet worden afgeleid dat zijn handelen dan ook rechtmatig is (115).

§ 9. DE (ON)VERVOLGBAARHEID VAN GEDOGENDE OVERHEDEN

1. Inleiding

20. Zoals al in de inleiding is gezegd, doet gedogen ook de vraag rijzen of de gedogende overheid mede strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gesteld voor het strafbare feit dat door de gedoogde is gepleegd. Het is immers best denkbaar dat een overheid die een bepaalde overtreding gedooft als medeplichtig kan worden geacht aan het begaan van een strafbaar feit (art. 67, lid 4 Sw.). In bepaalde gevallen zou zelfs kunnen worden gedacht aan medeplegen in de zin van noodzakelijke medehulp (art. 66, lid 3 Sw.) (116). Deze medeplichtigheid of medehulp

(113) Gent 2 februari 1995, *T.M.R.* 1996, 90. Voor een vergelijkbare uitspraak zie Corr. Bergen 23 februari 1993, *Aménagement* 1993, 191.

(114) Corr. Dendermonde (17e Kamer) 18 november 1997, inzake O.M. t. Defevere en Martoye, onuitg. Tegen deze uitspraak werd beroep ingesteld en inmiddels heeft het Hof van Beroep te Gent dit vonnis hervormd.

(115) Aldus Corr. Antwerpen (33e Kamer), 24 oktober 1991, onuitg.; Antwerpen (7e kamer) 13 september 1991, onuitg.; Gent 29 juni 1993, *T.M.R.* 1994, 185. P. MORRENS, “Gedogen door de toezichthoudende overheid”, (noot onder Corr. Gent 28 april 1992, *T.M.R.* 1992, 113) en Bergen 18 januari 1994, *Rev. dr. pén.* 1994, 1036; Corr. Namen 16 februari 1994, *Aménagement* 1994, 152; Bergen 18 januari 1994, *Aménagement* 1994, 150. Zie ook R. VERSTRAETEN, “De Rechtszekerheid en het vertrouwensbeginselen”, in *Vertrouwensbeginselen en Rechtszekerheid in België*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het Recht van België en Nederland, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, 115-168.

(116) Zie meer uitvoerig D. ROEF, o.c., 2001, 552-561.

van het bestuur zou eruit bestaan dat men opzettelijk passief is gebleven, terwijl optreden geboden was (117). Deze situatie moet worden onderscheiden van de meer klassieke casuspositie waar de overheid zelf een strafbaar feit pleegt, bijvoorbeeld wanneer een gemeente een illegale stortplaats uitbaat (118). Dan is immers sprake van eigen daderschap. Echter, wanneer terzake een vervolging zou worden ingesteld, rijst eerst een ander probleem: zijn overheden wel strafrechtelijk vervolgbaar, of genieten zij een strafrechtelijke immuniteit?

Dat de vraag naar de vervolgbaarheid van de overheid voor gedogen geen zuiver theoretische kwestie is, blijkt wel uit de recente rampen in Enschede en Volendam. Uit verschillende onderzoeksrapporten blijkt immers dat deze rampen mede zijn veroorzaakt door het jarenlange (passieve) gedogen van ernstige normovertredingen, terwijl actief handhavend optreden geboden was (119). Mede naar aanleiding van deze tragische gebeurtenissen is in de (Nederlandse) literatuur gepleit voor de vervolgbaarheid van overheden wanneer deze door gebrekkige handhaving of wederrechtelijk gedogen mede verantwoordelijk zijn voor het ontstaan of het instandhouden van strafbare feiten (120). Dit is tot op heden onmogelijk daar volgens de heersende Nederlandse jurisprudentie vervolging van decentrale overheden alleen is toegestaan wanneer zij een strafbaar feit plegen buiten het kader van hun exclusieve bestuurstaak (121). Daar gedogen (net als vergunningverlening) plaatsvindt binnen het kader van een exclusieve bestuurstaak is vervolging uitgesloten. Bovendien kent de centrale overheid (de staat) een absolute immuniteit. Het Openbaar Ministerie heeft dan ook bij beide rampen moeten besluiten tot niet-vervolging van de falende overheden, wat heel wat maatschappelijke en politieke commotie heeft losgemaakt. In dat licht kan in onze bijdrage het vraagstuk

(117) G.T.J.M. JURGENS, *o.c.*, 1996, 240.

(118) Naast een strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de overheid voor eigen strafbare feiten en voor gedogen, is ook een strafrechtelijke verantwoordelijkheid denkbaar voor wederrechtelijke vergunningverlening. Vooral in de Duitse rechtsleer en rechtspraak wordt aan deze vormen van strafrechtelijke verantwoordelijkheid veel aandacht besteed onder het leerstuk van de 'Amtsträgerstrafbarkeit'. Zie D. ROEF, *o.c.*, 2001, 1-10 en 496-524.

(119) Zie C.H. BRANTS, "Vervolgbaarheid van de Staat", *Overheid en aansprakelijkheid* 2003, 2-12; H.G. WARMELINK, "Lessen in verantwoordelijkheid. De bestuurlijke en juridische afhandeling van calamiteiten", *De Gemeentestem* 2001, 361-368.

(120) Zie "Kamer wil eind aan immuniteit van overheden", *NRC Handelsblad*, 3 april 2002; C.H. BRANTS, *l.c.*, 2003, 10-12; O.P.G. VOS en J.H.P. VAN SPANJE "Staat en straf", *NJB* 2002, 1062-1063. Mede naar aanleiding van deze rampen heeft een overgrote meerderheid van de Tweede Kamer gepleit voor de opheffing van de immuniteit van overheden, vooral die van de staat. Het kabinet bleef echter voorstander van de immuniteit. Om uit deze patstelling te geraken heeft het kabinet voor nader advies besloten tot de oprichting van een commissie van vier vooraanstaande juristen (de Commissie-Roelvink). Op 8 maart 2002 verscheen het rapport van de Commissie-Roelvink. De voornaamste conclusie was dat er geen afdoende argumenten zijn om strafbare feiten gepleegd door overheden, ook binnen de organisatie van de staat, onbestraft te laten. Zie *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat*, rapport van de Commissie-Roelvink. Kamerstukken II 2001-02, 25 294, nr. 15. Het rapport is ook te vinden op www.recht.nl

(121) H.R. 6 januari, *NJ* 1998, 367, met noot de H. (Pikmeer II).

van de vervolgbaarheid van overheden (en hun functionarissen) als een mogelijke strafrechtelijke consequentie van gedogen niet onbesproken blijven.

II. Absolute immuniteit voor alle overheden

21. Zoals bekend is op 4 mei 1999 de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon in het Belgische Strafwetboek (BSw) ingevoerd. Daarbij is door de wetgever bepaald dat overheden niet strafrechtelijk verantwoordelijk zijn (122). Het nieuwe artikel 5, lid 4 Sw. stelt dat de federale staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse gemeenschapscommissie, de Vlaamse gemeenschapscommissie, de gemeenschappelijke gemeenschapscommissie en de O.C.M.W.'s niet strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gesteld (123).

Deze uitsluiting van overheden van de werking van het strafrecht gaat veel verder dan in de meeste Europese landen. In Frankrijk en Nederland geniet alleen de centrale overheid een absolute immuniteit. Decentrale overheden (zoals gemeenten) genieten slechts een beperkte of partiële immuniteit, namelijk in die gevallen waar het strafbare feit is gepleegd binnen het kader van een exclusieve bestuurstaak, dat wil zeggen een taak die rechtens slechts door bestuursfunctionarissen kan worden uitgeoefend (124). Voorbeelden van exclusieve bestuurstaken zijn vergunningverlening en handhaving (125). Is een decentrale overheid dus medeplichtig aan een strafbaar feit via wederrechtelijke vergunningverlening of gebrekkige handhaving, zoals bij de vuurwerkramp in Enschede het geval was, dan is geen vervolging mogelijk. Pleegt een decentrale overheid echter een strafbaar feit binnen het kader van een activiteit die in beginsel ook door particulieren kan worden verricht (zoals een illegale lozing) dan is die overheid wel vervolgbaar. Andere landen, zoals Noorwegen, maken geen onderscheid in type overheidsgedragingen en aanvaarden dus geen enkele immuniteit voor overheden. In België daarentegen zijn alle overheden voor alle soorten gedragingen, dus ook bij niet-exclusieve bestuurstaken, van de werking van het strafrecht uitgesloten.

(122) B.S. 22 juni 1999, 23411. Deze wet is in werking getreden op 2 juli 1999.

(123) Zie voor een kritische bespreking van deze wet o.m. Ph. TRAEEST, "De Wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen", *T.R.V.* 1999, 451-489; A. DE NAUW en F. DERUYCK, "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen", *R.W.* 2000, 897-914.

(124) Zie voor een uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoek D. ROEF, *o.c.*, 2001, 79-222; D. ROEF, "De strafbaarheid van overheden in rechtsvergelijkend perspectief", *Overheid en aansprakelijkheid* 2003, 13-26.

(125) Zie over de exclusieve bestuurstaak als vervolgingscriterium: D. ROEF, *o.c.*, 2001, 245-275.

De Belgische minister van Justitie voert voor deze absolute immuniteit slechts één argument aan, namelijk dat overheden bestaan uit democratisch verkozen organen (126). Het bestaan van een democratische controle binnen overheden zou zich verzetten tegen een strafrechtelijke controle. Op 10 juli 2002 heeft het Arbitragehof zich uitgesproken over de strafrechtelijke immuniteit van overheden. Bij vonnissen van 12 en 30 november 2001 heeft de Correctionele Rechtbank te Luik verschillende prejudiciële vragen over artikel 5 Sw. gesteld. Eén van die vragen betrof de kwestie of het vierde lid van artikel 5 Sw. artikel 10 en 11 van de Grondwet schendt, doordat het de publiekrechtelijke rechtspersonen die het beoogt en die een misdrijf hebben gepleegd, vrijstelt van iedere strafrechtelijke verantwoordelijkheid, terwijl alle andere (publiekrechtelijke) rechtspersonen, die niet door artikel 5, vierde lid, Sw. worden beoogd, wel kunnen worden vervolgd en veroordeeld. Het Arbitragehof beantwoordt deze prejudiciële vraag ontkennend:

“Uit de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling blijkt dat publiekrechtelijke rechtspersonen in principe strafrechtelijk verantwoordelijk zijn, en dat de uitzondering op die regel alleen betrekking heeft op die publiekrechtelijke rechtspersonen “die een rechtstreeks, democratisch verkozen orgaan hebben”.

Het verschil in behandeling van rechtspersonen naargelang zij al dan niet een democratisch verkozen orgaan hebben, berust op een pertinent criterium.

De publiekrechtelijke rechtspersonen opgesomd in art. 5, vierde lid, Sw. vertonen het bijzondere kenmerk dat zij hoofdzakelijk belast zijn met een essentiële politieke opdracht in een representatieve democratie, dat zij beschikken over democratisch verkozen vergaderingen, en dat zij organen hebben die aan een politieke controle onderworpen zijn. De wetgever kon redelijkerwijs vrezen dat, indien hij die rechtspersonen strafrechtelijk verantwoordelijk zou maken, een collectieve strafrechtelijke verantwoordelijkheid zou worden uitgebreid tot situaties waarin ze meer nadelen dan voordelen vertoont, door onder meer klachten uit te lokken waarvan het werkelijke doel zou zijn via strafrechtelijke weg politieke strijd te voeren.

Daaruit volgt dat de wetgever, door bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen uit het werkingsgebied van art. 5 Sw. uit te sluiten, en door die uitsluiting te beperken tot de publiekrechtelijke rechtspersonen vermeld in het vierde lid van dat artikel, hen geen immuniteit heeft toegekend die niet verantwoord zou zijn.” (127)

In dit verband moet worden opgemerkt dat ook in Nederland het bestaan van democratische controle lange tijd werd aangevoerd als een argument tegen de vervolgbaarheid van overheden. In het Tweede Pikmeer-arrest werd dit argument echter door de Hoge Raad weerlegd:

(126) Parl. St. Senaat 1998-99, 1-1217/6, 7.

(127) Arbitragehof 10 juli 2002, R.W. 2002-03, 857.

“het vervolgen van decentrale overheden is op zichzelf niet strijdig met het stelsel van politieke verantwoordelijkheid van ambtsdragers binnen die lichamen, voorzover daarin wettelijk is voorzien, noch met het stelsel van op die lichamen uitgeoefend bestuurlijk toezicht. Beide stelsels nemen een eigen plaats in.” (128)

Er zijn inderdaad geen doorslaggevende bezwaren tegen het naast elkaar bestaan van strafvervolgning en bestuurlijke of politieke controle. Immers, deze instrumenten hebben nooit een strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuele ambtsdragers belet. Niet valt in te zien waarom dan voor de overheden zelf het democratische karakter van hun organen of de aanwezigheid van politieke of bestuurlijke verantwoordingsfora wel meteen de strafrechtelijke aansprakelijkheid zou uitsluiten. Politieke en bestuurlijke controle staan trouwens evenmin een civielrechtelijke aansprakelijkheid of een administratiefrechtelijke controle van overheden in de weg (129). Het argument van het Arbitragehof dat via een strafvervolgning mogelijk een politieke strijd zou worden gevoerd, is dus niet overtuigend, temeer omdat door de immuniteit het omgekeerde gevaar bestaat, namelijk dat een zuiver strafrechtelijke kwestie voornamelijk in de politieke arena zal worden beslecht. Mede vanuit een rechtsvergelijkend perspectief kan worden geconcludeerd dat er geen doorslaggevende argumenten bestaan voor een immuniteit voor overheden, en zeker niet voor een absolute immuniteit (130).

III. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid als schrale troost

22. De immuniteit van overheden wordt in een wel heel bijzonder licht geplaatst, wanneer we vaststellen dat op dezelfde datum, 4 mei 1999, ook een wet betreffende de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van burgemeesters, schepenen en leden van de bestendige deputatie werd afgekondigd. Cruciaal is het nieuwe artikel 271ter van de nieuwe gemeentewet dat bepaalt dat behalve in geval van herhaling, de gemeente burgerrechtelijk aansprakelijk is voor het betalen van de geldboete waartoe de burgemeester en de schepenen veroordeeld zijn wegens een delict dat ze hebben begaan bij de normale uitoefening van hun ambt. Immers, de immuniteit van gemeenten sluit niet uit dat burgemeesters en schepenen zelf nog steeds strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld, ook voor delicten die binnen het overheidskader zijn gepleegd, zoals het illegaal storten van afval. Het nieuwe artikel 271ter heeft dus tot doel om via een civielrechtelijke aansprakelijkheid de gemeente toch de strafrechtelijke geldboete te laten betalen, die oorspronkelijk aan de veroordeelde natuurlijke persoon is opgelegd. Met andere woorden, een ge-

(128) H.R. 6 januari 1998, NJ 1988, 367, r.o. 5.10.

(129) D. ROEF, o.c., 2001, 123 en 295-298.

(130) Zie voor een uitvoerige bespreking van de argumenten pro en contra vervolgbaarheid van overheden: D. ROEF, o.c., 2001, 281-314.

meente mag weliswaar niet rechtstreeks strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld, maar kan wel civielrechtelijk worden veroordeeld tot het betalen van de geldboete (131). Gelijkaardige bepalingen werden ook ingevoerd in de provinciewet. Het moge duidelijk zijn dat een dergelijk systeem in de praktijk vrijwel neerkomt op een verdoken strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheden zelf.

IV. Toerekening aan (gedogende) overheidsfunctionarissen als noodoplossing

23. Voor de invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon werden door overheden gepleegde delicten aan natuurlijke personen toegerekend. Wegens het ontbreken van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon konden overheden, net zomin als ondernemingen, immers niet strafrechtelijk worden aangepakt. De strafrechter was genoodzaakt door overheden gepleegde strafbare feiten aan ambtsdragers en ambtenaren toe te rekenen. Het is belangrijk erop te wijzen dat tegen deze toerekening noch door de rechtspraak, noch door de rechtsleer fundamentele bezwaren werden geuit in de zin dat het de strafrechter niet zou zijn toegestaan een oordeel te vellen over het overheidshandelen. Nu overheden van een strafrechtelijke verantwoordelijkheid zijn uitgesloten, blijft uiteraard deze toerekeningsproblematiek bestaan (132). Men is voor de bestrijding van overheidscriminaliteit verplicht het oude systeem toe te passen door het delict aan de daarvoor verantwoordelijke functionarissen toe te rekenen. Een strafrechtelijke toerekening aan overheidsfunctionarissen is evenwel een precare en ingewikkelde aangelegenheid, omdat de verantwoordelijkheid vaak zozeer verspreid is over de overheidsorganisatie, dat het niet steeds in de rede ligt één of meerdere functionarissen strafrechtelijk aansprakelijk te stellen (133). Vanwege deze toerekeningsproblemen is nu juist de strafbaarheid van de rechtspersoon ingevoerd. Een mooie illustratie van de toerekeningsproblematiek is een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 24 april 1985. In deze zaak had een intercommunale vereniging de strafwet overtreden. De beklaagden waren twee bestuursleden van deze publiekrechtelijke rechtspersoon. De overwegingen van het Hof illustreren op treffende wijze de toerekeningsproblematiek:

"Overwegende dat in casu de strafbare feiten (...) bestaan uit verschillende, collegiaal genomen, beslissingen van de raad van beheer van de intercommunale S.; (...) dat uit de overgelegde notulen enkel het collegiaal karakter van de beslissingen in kwestie blijkt; dat het individueel stemgedrag niet gerapporteerd wordt; dat de notulen evenmin eenstemmigheid vermelden; (...) dat de

(131) Zie hierover M.G. FAURE, "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de onderneming", *T.P.R.* 2000, 1317-1320.

(132) Zie M. FAURE, *De strafrechtelijke toerekening van milieudelicten*, Antwerpen, Maklu, 1992.

(133) D. ROEF, *o.c.*, 2001, 152-159.

strafrechtelijke verantwoordelijkheid van beklaagden niet voortvloeit uit het enkele feit dat zij, in welke functie dan ook, deel uitmaakten van het college dat te dezen, namens de rechtspersoon, de eventueel strafrechtelijk te beteugelen beslissing nam; dat ten aanzien van de diverse personen die aanwezig waren op het ogenblik dat dit college, met een niet bekende meerderheid, deze beslissing nam, geen individuele gelijke verdeling van collectieve strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat." (134)

Door gebrek aan bewijs van een daadwerkelijke feitelijke betrokkenheid van de beklaagden aan het misdrijf kon dit niet aan hen worden toegerekend. Het is duidelijk dat het bepalen door de strafrechter van de natuurlijke persoon die de strafrechtelijke verantwoordelijkheid moet dragen niet steeds een effectieve oplossing is (135).

Een voorbeeld van een succesvolle veroordeling kan worden gevonden in een uitspraak van de rechtbank te Mons. In deze zaak werd een burgemeester vervolgd voor het uitbaten van een stortplaats in strijd met de vergunningplicht neergelegd in het Waalse afvaldecreet van 5 juli 1985. De feitenconstellatie is bijzonder interessant. Allereerst had de gemeenteraad onder zijn voorzitterschap in strijd met het Waalse afvaldecreet een besluit uitgevaardigd dat toestemming gaf tot het storten van stenen en aarde op de betreffende site. Vervolgens liet de burgemeester, ondanks talrijke waarschuwingen van verschillende inspectiediensten, gedurende meer dan 5 jaar na daadwerkelijk bestuurlijke maatregelen te nemen om een einde te maken aan deze illegale stortingen. Formeel vaardigde de burgemeester weliswaar een politieverordening uit die eenieder verbood de stortplaats te betreden, maar in de praktijk werd deze niet gehandhaafd zodat rustig verder werd gestort. Wat de burgemeester op strafrechtelijk vlak wordt verweten komt dus neer op een opzettelijk gebrekkige handhaving. Het gaat hier feitelijk om een illegale gedoogsituatie. De rechtbank veroordeelt de burgemeester voor het ten laste gelegde en laat in het bijzonder meewegen dat de verdachte als burgemeester persoonlijk verantwoordelijk is voor de correcte naleving van de milieuwetgeving binnen zijn gemeente:

"Attendu qu'en effet vain le prévenu conteste sa responsabilité personnelle; Qu'en effet, d'abord il était personnellement responsable de l'exécution du décret du Conseil régional wallon du 5 juillet 1985, puisqu'en sa qualité d'agent des pouvoirs centraux au sein de la commune, il était personnellement chargé de l'exécution des lois, décrets et règlements de l'État, de la Communauté, de la Région et de la province et, dans cette fonction, il devait veiller à l'intérêt général, lequel se situe au-delà de l'intérêt local;

(134) Brussel 24 april 1985, *R.W.* 1985-86, 882-883, noot M. DE SWAEF.

(135) Zie voor meer voorbeelden uit de jurisprudentie D. ROEF, *o.c.*, 2001, 152-156.

Qu'ensuite, c'est en tant que premier responsable de la commune que: il donna des directives à l'ouvrier communal qui travaillait sur le site du Walestru, il présida le conseil communal du 6 juin 1988, et il signa l'arrêté de cette même date qui autorisa les déversements de déchets pierreux et de terre; Qu'enfin, nonobstant son pouvoir de police, il s'abstint délibérément de prendre des mesures effectives pour éviter l'utilisation du site du Walestru comme décharge;" (136).

Interessant is ook dat de verdachte zich beroept op een schulditsluitingsgrond, namelijk onoverkomelijke rechtsdwaling, die zou voortvloeien uit het feit dat hij er vanuit kon gaan dat het omstreden gemeentebesluit dergelijk storting wetten toeliet. Deze redenering wordt door de rechtbank afgewezen, daar niet aan de voorwaarden van rechtsdwaling is voldaan:

"Attendu que c'est erronément que le prévenu se prévaut de l'autorisation de la loi ou de l'autorité; Qu'effectivement, il ne peut se retrancher derrière l'arrêté du conseil communal du 6 juin 1988, puisqu'il présida le conseil communal qui se tint à cette date et qu'il signa cet arrêté en sachant qu'il s'agissait d'une norme inférieure et non conforme au décret du 5 juillet 1985 relatif aux déchets, décret dont il était par ailleurs, ainsi que rappelé ci-avant, personnellement responsable de l'exécution; [...] Attendu que pour ces mêmes motifs, et compte tenu en outre de son degré de formation intellectuelle et de compétence, de la netteté des différences mises en garde qui lui furent adressés par les autorités compétentes, et de ce qu'il n'agit pas en tant que personnes raisonnable et prudente, le prévenu ne peut davantage invoquer l'erreur invincible;"

Deze zaak illustreert duidelijk de gevolgen van de niet-strafbaarheid van overheden. Hoewel de burgemeester als orgaan van de gemeente hier een belangrijke verantwoordelijkheid heeft gehad, kan toch worden betoogd dat het zowel effectiever als rechtvaardiger zou zijn geweest indien (ook) de gemeente als dusdanig aansprakelijk kon worden gesteld, gelet op de betrokkenheid van de gemeenteraad bij de illegale gedoogsituatie.

In dit verband is ook nog een arrest van het Hof van Cassatie van belang. In een uitspraak van 3 maart 1999 - twee maanden voor de invoering van de immuniteit van overheden - hield het Hof van Cassatie een veroordeling van een burgemeester wegens doodslag en het toebrengen van slagen en verwondingen in stand. Hij werd door het Hof van Beroep te Brussel voor deze feiten veroordeeld omdat hij een onveilige verkeerssituatie in zijn gemeente had laten voortbestaan waardoor

een dodelijk ongeval werd veroorzaakt. Er waren voor een wielervedstrijd door de gemeente tijdelijk vertragsbochten (die op bevel van het college van burgemeester en schepenen waren geplaatst) weggenomen om het goede verloop van de wielervedstrijd te verzekeren. Enkele uren voor het ongeval waren deze vertragsbochten (zonder de erbij horende reflectoren) teruggeplaatst. Krachtens artikel 134, § 1 van de gemeentewet is de burgemeester echter verantwoordelijk voor de openbare (verkeers)veiligheid, en zodra hij wist hoe gevaarlijk de vertragsbochten wel waren, had hij moeten inzien dat hij een politieverordening had moeten maken om het gevaar af te wenden. Als verweer wordt o.m. aangevoerd dat niet alleen de burgemeester voor deze gevaarzettende situatie verantwoordelijk was, maar het voltallige college van burgemeester en schepenen. Het college had immers eenstemmig beslist om de gevaarlijke inrichting te plaatsen. Het Hof van Cassatie oordeelt evenwel dat een foutieve beslissing kan worden toegerekend aan elk lid van het schepencollege, als zij over die beslissing eenparig en zonder voorbehoud hebben gestemd en dat de rechter die de leden van dat college niet veroordeelt op grond alleen dat zij in dat orgaan zitting hebben gehad, maar zich ertoe beperkt vast te stellen dat elk lid ervan persoonlijk verantwoordelijk is, in weerwil van het collegiale karakter van de beslissing, geen collectieve strafrechtelijke verantwoordelijkheid invoert (137).

Deze uitspraak laat zien dat het toerekenen van collectieve of organisatorische verantwoordelijkheid voor strafbare feiten aan één of meer overheidsfunctionarissen niet is uitgesloten en evenmin als strijdig wordt geacht met het algemeen rechtsbeginsel van de persoonlijkheid van de straffen. Het is echter ook duidelijk dat een dergelijke toerekening slechts een noodoplossing is vanwege het niet-bestaan van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon. Een strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de gemeente als dusdanig – al dan niet gecombineerd met een strafrechtelijke verantwoordelijkheid van bepaalde functionarissen – zou in een dergelijk geval wellicht van meer realisme getuigen. Maar omdat overheden thans in artikel 5, vierde lid, Sw. van strafrechtelijke verantwoordelijkheid zijn uitgesloten, is de strafrechter nog steeds verplicht het strafbare feit aan individuele functionarissen toe te rekenen. Niettemin kan worden betoogd dat dan evenzeer de democratische controle door het strafrechtelijke oordeel wordt doorkruist, hetgeen nu juist de ratio is van het bestaan van de overheidsimmuniteit. Indien men deze ratio consequent wil toepassen, zou die immuniteit dan niet evenzeer moeten gelden voor de (leidinggevende) overheidsfunctionarissen, die voor het feit verantwoordelijk worden gesteld (138)?

(137) Cass. 3 maart 1999, *Pas.* 1999, I, 124

(138) De Nederlandse rechtspraak is op dit punt in ieder geval wel consequent. In *Pikmeer I* (H.R. 23 april 1996, *NJ* 1996, 513, noot 't HART) is immers bepaald dat leidinggevende overheidsfunctionarissen zich op dezelfde immuniteit kunnen beroepen als de overheid waartoe zij behoren. Zie D. ROEF, *o.c.*, 2001, 105-107.

(136) Mons 26 november 1996, *Aménagement-Environnement* 1997, 143.

V. Individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid volstaat niet

24. Het moge duidelijk zijn dat een strafvervolgning van overheden (ook voor gedogen) niet *a priori* zou moeten worden uitgesloten. Uiteraard rijst niet bij iedere gedoogsituatie de vraag naar een strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de gedogende overheden en/of hun functionarissen. De discretionaire bevoegdheid waarover het gedogende bestuur beschikt, dient te worden gerespecteerd; alleen wanneer er een rechtsplicht tot optreden aanwezig is en de discretionaire bevoegdheid in strijd met het geschreven of ongeschreven recht is uitgeoefend, ligt mogelijk een strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor (139). De beginselen van behoorlijk bestuur kunnen met zich meebrengen dat het bestuur verplicht is op te treden. In dat verband kan trouwens worden verwezen naar de Duitse rechtspraak waar door het Bundesgerichtshof is erkend dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsfunctionarissen ook bestaat wanneer zij op wederrechtelijke wijze niet optreden tegen milieuverontreiniging veroorzaakt door bedrijven. Een dergelijk gedogen door de verantwoordelijke overheidsfunctionarissen wordt gezien als een schending van een op de overheid rustende 'Betriebspflicht' (140). Ook het verlenen van onrechtmatige (milieu)vergunningen kan worden vervolgd als een vorm van strafbare deelneming aan door derden veroorzaakte milieuvervalsing (141). Dat functionarissen ook strafrechtelijk aansprakelijk zijn voor wederrechtelijke vergunningverlening – een exclusieve bestuursstaak – werd uitdrukkelijk bevestigd door het Bundesgerichtshof (142). Het is interessant vast te stellen dat naar Duits recht overheden niet strafrechtelijk kunnen worden vervolgd – eenvoudig omdat Duitsland niet de strafbaarheid van de rechtspersoon kent – maar dat net als in België individuele overheidsfunctionarissen wel strafrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn, ook voor gedragingen verricht binnen de uitvoering van exclusieve bestuurstaken (143).

Het Duitse en Belgische model van strafrechtelijke toerekening aan overheidsfunctionarissen moeten echter niet worden overschat. Zo heeft de rechtsleer twijfels over de effectiviteit van deze aanpak. Een individuele strafrechtelijke aan-

sprakelijkheid blijkt niet steeds in staat om voldoende prikkels te geven aan de overheid om de mogelijke schadelijke effecten van haar handelen te verminderen, dan wel te voorkomen (144). Tevens rijst de vraag of met deze aanpak ook niet de rechtsbescherming van de individuele functionaris te veel wordt uitgehold. In gevallen waar de ontstaansgeschiedenis van het gepleegde delict duidelijk kan worden teruggevoerd tot de gedragingen en de verantwoordelijkheden van een of meerdere aanwijsbare natuurlijke personen, kan de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid wellicht een afdoende afschrikkend effect hebben. Uit zowel de Duitse als Belgische rechtspraak kan echter worden afgeleid dat de delicten waarvoor de ambtenaren werden veroordeeld veeleer, of op zijn minst evenzeer, hun oorsprong vinden in collectieve tekortkomingen, zoals gebrekkige organisatie en controle, onoerbare partijpolitieke motivaties en gebrekkige financiën. Het is dan licht te begrijpen dat daar waar aan het individuele falen van de betrokken ambtenaar een gedeelde of collectieve verantwoordelijkheid ten grondslag ligt, een loutere bestraffing van deze ambtenaar niet volstaat. Het getuigt bovendien niet van een efficiënte en rechtvaardige strafrechtelijke handhaving wanneer een collectieve verantwoordelijkheid uitsluitend wordt gereduceerd tot de aansprakelijkheid van een of meerdere individuen (145).

§ 10. SLOT

25. In deze bijdrage worden enkele (milieu)strafrechtelijke consequenties van gedogen besproken. Belangrijk uitgangspunt voor een goed begrip van deze consequenties is de administratieve afhankelijkheid van het milieustrafrecht. Het milieustrafrecht heeft een uitgesproken bestuursaccessoir karakter, hetgeen betekent dat de ecologische rechtsgoederen niet rechtstreeks maar via opgelegde administratieve plichten worden beschermd. Deze administratieve plichten worden door de onderscheiden milieuoverheden meestal in concrete vergunningen vastgelegd. Deze administratieve afhankelijkheid bestaat echter niet alleen op het niveau van de vergunningverlening, maar uiteraard ook op het vlak van de bestuurlijke handhaving van de milieuregelgeving. Het spreekt dan voor zich dat deze afhankelijkheid strafrechtelijke consequenties kan hebben wanneer het bestuur niet handhavend optreedt en een illegale situatie gedooft. Het is voornamelijk bij de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag, de wederrechtelijkheidsvraag en de schuldvraag dat bestuurlijk gedogen de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van

(139) G.T.J.M. JURGENS, *o.c.*, 1996, 240.

(140) BGH 19 augustus 1992, *BGHSt* (38) 1992, 330; L. KNOPP, "Zur Strafbarkeit von Amsträgern in Umweltverwaltungsbehörden unter besonderer Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung", *DöV* 1994, p. 678 e.v.; H. SCHALL, "Zur Strafbarkeit von Amsträgern in Umweltverwaltungsbehörden", *BGHSt* 38, 325, *JuS* 1993, 720 e.v.

(141) Zie hierover o.m. R. KELLER, "Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Amsträgers für fehlerhafte Genehmigungen im Umweltrecht", in *Festschrift K. Rehman zum 65. Geburtstag*, München, 1989, 246 e.v.; K. ROGALL, *o.c.*, 1991, 192-199.

(142) BGH 3 november 1993, *JZ* 1994, 634.

(143) In het eerste Pikmeer-arrest (H.R. 23 april 1996, *NJ* 1996, 513, noot 't HART) is immers bepaald dat leidinggevende functionarissen dezelfde immuniteit genieten als de overheden waartoe zij behoren. De aangescherpte immuniteit van Pikmeer II geldt dus ook voor leidinggevende ambtenaren.

(144) Zie hierover D. ROEF, *o.c.*, 2001, 220-221 en 307-308.

(145) Zie H. HEINE, "Vom individueller zu kollektiver Verantwortlichkeit. Einige Grundfragen der aktuellen Kriminalpolitik", in J. ARNOLD, B. BURKHARDT, W. GROPP, en H.G. KOCH, (Hrsg.), *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, Freiburg im Breisgau, 1996, 56; H.J. RUDOLPHI, "Anmerkung zum BHG 15 juli 1986", *JR* 1987, 336; B. FISSE, "Controlling Governmental Crime: issues of individual and collective liability", in P. GABROSKY (ed.), *Government Illegality*, Canberra, 1986, 122-123.

de gedoogde kan beïnvloeden. Op het niveau van de vervolgbaarheid leidt bestuurlijk gedogen in beginsel niet tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Gedogen is slechts te beschouwen als een vervolgingsuitsluitingsgrond indien het Openbaar Ministerie zelf de overtreding heeft gedoogd of zich uitdrukkelijk heeft gecommitteerd aan het bestuurlijk gedogen. Op het niveau van de wederrechtelijkheid kan gedogen slechts onder strikte voorwaarden als een rechtvaardigingsgrond worden beschouwd: een gedoogverklaring heeft niet automatisch strafrechtsdogmatisch gezien dezelfde rechtvaardigende betekenis als een vergunning, wat gelet op de vergunningafhankelijkheid van ons milieustrafrecht begrijpelijk is. Dit heeft tot gevolg dat gedogen strafrechtelijk vooral een betekenis toekomt bij de beantwoording van de schuldvraag, namelijk wanneer sprake is van onoverkomelijke rechtsdwaling en de gedoogde dus op verontschuldigbare wijze in de veronderstelling verkeerde dat het gedogen de wederrechtelijkheid van de overtreding wegnam.

Een beschrijving van de strafrechtelijke consequenties van gedogen laat duidelijk zien, dat ondanks de administratieve afhankelijkheid van het milieustrafrecht, het strafrecht wel degelijk nog een autonome betekenis heeft (146). De strafrechter heeft niet alleen de mogelijkheid om krachtens artikel 159 Grondwet administratieve beslissingen (waaronder gedoogbeschikkingen) aan het recht te toetsen, maar hij beslist ook zelf over de gevolgen van gedogen bij de vaststelling van wederrechtelijkheid en schuld. Ten aanzien van de burger die de wet overtreedt, geldt dus allerm minst onverkort de regel: de overheid tone tegenover de burger één ge-laar. In tegenstelling tot bijvoorbeeld Duitsland (en tot op zekere hoogte Nederland) aanvaardt het Belgische recht dan ook niet het beginsel van de eenheid van rechtsorde. Wat bestuursrechtelijk is toegestaan is daarom strafrechtelijk nog niet meteen geoorloofd. De autonome functie van het strafrecht verzet zich tegen het blind gehoorzamen door de strafrechter van bestuurlijke beslissingen. Dit standpunt is als zodanig toe te juichen. Niettemin zouden wij toch nog een algemene kanttekening willen maken. Een starre opvatting over eenheid van rechtsorde in de zin dat er in het recht slechts éénzelfde vorm van onrechtmatigheid (of wederrechtelijkheid) zou bestaan in de drie hoofdgebieden van het recht – privaatrecht, bestuursrecht en strafrecht – lijkt ons inderdaad onwenselijk en bovendien ook onbestaande. Het is niet zo dat wat privaatrechtelijk of bestuursrechtelijk onrechtmatig is automatisch ook strafrechtelijk onrechtmatig is. In die zin bestaat er dan ook niet zoiets als een eenduidig rechtsgebied overstijgend wederrechtelijkheidsbegrip, en dus ook niet een eenheid van rechtsorde. Het lijkt ons dat het Hof van Cassatie zich vooral tegen deze eenzijdige opvatting over de eenheid van rechtsorde verzet, en dat is ook terecht (147). Toch rijst de vraag – mede vanuit de realiteit van de administratieve afhankelijkheid van het huidige milieustrafrecht – of er

(146) Zie over de autonomie van het strafrecht o.m. A.C. 't HART, "De autonomie van het strafrecht", *Delikt en Delinkwent* 2001, 239.

(147) Zie D. ROEF, o.c., 2001, 443-447.

niet een gulden middenweg zou kunnen worden gevonden tussen de twee uitersten van autonomie van het strafrecht (en verwerping van eenheid van rechtsorde) enerzijds en bestuursafhankelijkheid van het strafrecht (en omarming van de eenheid van rechtsorde) anderzijds. Want voor de burger blijft het toch wel enigszins vreemd dat op het niveau van de milieuwetgeving en de uitvoering daarvan uitdrukkelijk is gekozen voor een zuiver bestuursafhankelijk systeem, maar dat op het niveau van de concrete strafrechtelijke vervolging daarmee minder rekening wordt gehouden (denk bijvoorbeeld aan de besproken schorsingsproblematiek). Hoewel het belang van die vraag onze vooral praktisch gerichte bijdrage overstijgt, willen we toch op dit punt enkele gedachten ter nadere overweging meegeven. Als rechtstheoretische grondslag voor de verhouding tussen strafrechter en bestuur zouden wij namelijk willen pleiten *niet* voor een verwerping van de eenheid van rechtsorde, maar voor een meer rechtsgebiedtypische of relatieve eenheid van rechtsorde. Wat betekent dit?

De idee is dat ieder rechtsgebied zijn eigen ratio's, functies en rechtsgevolgen heeft. Daarmee wordt de relatieve autonomie van de rechtsgebieden (inclusief die van het strafrecht) verzekerd, hetgeen betekent dat ook het rechtmatigheidsbegrip niet absoluut is maar relatief, dat wil zeggen afhankelijk van rechtsgebiedtypische ratio's (148). Het beginsel van de eenheid van rechtsorde heeft dan tot doel 'im Einzelfall Recht mit Blick auf die Gesamtsrechtsordnung zu finden' (149). Een dergelijke rechtsgebiedtypische opvatting van eenheid van rechtsorde heeft onvermijdelijk gevolgen voor de geldingskracht van buitenstrafrechtelijke rechtvaardigingsgronden in het milieustrafrecht. Daar waar in de eenduidige zienswijze een rechtvaardigingsgrond afkomstig van het ene rechtsgebied normaliter ook geldingskracht zou moeten hebben in een ander rechtsgebied verdedigt een rechtsgebiedtypische visie een ander standpunt, dat volgens ons meer strookt met de praktijk en het rechtsgevoel. Allereerst eist ook een rechtsgebiedtypische benadering van wederrechtelijkheid dat een gedraging die rechtmatig is in het privaatrecht en bestuursrecht ook rechtmatig is in het strafrecht. Dit vloeit echter niet voort uit de *eenheid* van het onrechtmatigheidsbegrip maar veeléer uit het bestaan van een *hiërarchie binnen de verschillende onrechtmatigheden*. Daarmee hangt samen dat het strafrecht als *ultimum ratio* per definitie het strengste onrechtmatigheidsbegrip zou moeten hebben, hetgeen impliceert dat het strafrecht onmogelijk kan verbieden wat in de andere rechtsgebieden is toegestaan. Voor het milieurecht zou dit dan ook moeten betekenen dat een gedraging onmogelijk milieurechtelijk geoorloofd kan zijn en tegelijk strafrechtelijk verboden. Niet zozeer omdat aan

(148) 'Der Begriff der Rechtswidrigkeit sei ein funktionsbestimmter Begriff der einzelne Rechtsgebiete. Das Rechtswidrigkeitsurteil entfalte demnach zwingend nur Wirkung innerhalb der Teilrechtsordnung, in der das Urteil gefällt wurde. Aldus R. SCHEELE, *Zur Bindung des Strafrichters an fehlerhafte behördliche Genehmigungen im Umweltstrafrecht*, Berlin, 1993, 59.

(149) *Idem*.

beide rechtsgebieden eenzelfde wederrechtelijkheidsbegrip (een absolute eenheid van rechtsorde) ten grondslag zou liggen maar omdat, simpel gezegd, een 'harder' rechtsgebied logischerwijs niet kan verbieden wat een 'zachter' rechtsgebied reeds heeft toegestaan. Omgekeerd geldt deze redenering vanzelfsprekend niet; een gedraging die strafrechtelijk wederrechtelijk is impliceert niet *a priori* een onrechtmatigheid in de andere rechtsgebieden (150). Dat moet binnen die rechtsgebieden afzonderlijk worden bekeken. Op die manier zijn ook ongeoorloofde tegenspraken tussen de rechtsgebieden uitgesloten, echter zonder beroep te doen op een absolute visie op eenheid van rechtsorde. De aanvaarding van een rechtsgebiedstypische en derhalve hiërarchische differentiëring van onrechtmatigheid heeft dan wel het opmerkelijke gevolg dat een bestuursrechtelijke onrechtmatige gedraging niet meteen gelijk strafrechtelijk wederrechtelijk hoeft te zijn, nu het strafrecht ten opzichte van het bestuursrecht strengere eisen zou moeten stellen aan het begrip wederrechtelijkheid. Of dergelijke gedraging ook nog strafrechtelijk wederrechtelijk is wordt weliswaar reeds door het bestuursrecht geïndiceerd, bijvoorbeeld door de afwezigheid van een rechtmatige vergunning, maar hangt uiteindelijk af van strafrechtstypische beoordelingsmaatstaven, die dan samenhangen met de vraag of het door het strafrecht beschermde rechtsgoed is geschonden. Dit geeft dan ook een rechtstheoretische basis voor het aanvaarden van schorsing van de strafvordering in afwachting van bestuursrechtelijke procedures, en schept ook meer ruimte voor het aanvaarden van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid in gevallen waar de voorliggende onrechtmatigheid niet meer is dan een formele bestuursrechtelijke onrechtmatigheid. Vooral dit laatste gevolg van een meerduidige visie op de eenheid van rechtsorde biedt een wellicht duidelijkere rechtstheoretische grondslag voor een weliswaar ruime maar tegelijk niet absoluut autonome strafrechtelijke toetsingsbevoegdheid, dan het volledig afstand nemen van de eenheid van rechtsorde. Uiteraard hangt ons pleidooi voor een herwaardering van de eenheid van rechtsorde nauw samen met een herijking van het milieustrafrecht als zodanig. Het hoeft geen betoog dat een sterk bestuursafhankelijk milieustrafrecht waarbij milieudelicten vrijwel uitsluitend de schending van administratieve plichten betreffen, weinig ruimte overlaat voor autonomie van het strafrecht. Bekeken vanuit het perspectief van de (potentiële) normovertreder lijkt het ons van twee dingen één: ofwel een handhaving van het huidige (trouwens weinig efficiënte) bestuursafhankelijke milieustrafrecht, maar dan ook met een consequente doorvoering van die afhankelijkheid op het vlak van de strafrechtelijke beoordeling van milieudelicten; ofwel een meer autonoom milieustrafrecht waarbij de ecologische rechtsgoederen meer rechtstreeks worden beschermd en dan ook een daarbij passende relatief autonome toetsing door de strafrechter.

(150) Dit zou consequent doorgeredeneerd trouwens wel zo moeten zijn bij een absolute visie op eenheid van rechtsorde, die klaarblijkelijk door het Hof van Cassatie wordt verworpen.

In onze bijdrage hebben we ook aandacht besteed aan de mogelijke vervolgbaarheid van overheden en hun functionarissen bij gedogen. We hebben vastgesteld dat er geen overtuigende redenen bestaan om overheden van de werking van het strafrecht uit te sluiten, ook omdat thans het risico bestaat dat individuele functionarissen wel strafrechtelijk verantwoordelijk worden gesteld voor strafbare feiten waaraan mede een collectieve verwijtbaarheid van de overheidsorganisatie zelf ten grondslag ligt. In dit verband zouden we nog de volgende slotopmerking willen maken: vanuit rechtsstatelijk perspectief en vanuit legitimiteitsoverwegingen achten wij het noodzakelijk dat in beginsel alle overheden aan de controle door de strafrechter onderworpen dienen te zijn (151). Het lijkt ons echter zeer onwenselijk dat op overheden en hun functionarissen een heksenjacht zou worden gevoerd. Een strafrechtelijke controle op overheidsgedragingen dient derhalve eerder uitzondering dan regel te zijn en er dient waar mogelijk voorrang te worden gegeven aan politieke en bestuurlijke controle- en correctiemechanismen. Strafrecht is en blijft een ultimum remedium, een uitgangspunt dat in het huidige politieke klimaat, gevoed door een veiligheidsutopie, steeds meer onder druk komt te staan. Evenmin mag men van het strafrecht oplossingen voor maatschappelijke conflicten en problemen verwachten, die beter via buiten-strafrechtelijke wegen kunnen worden gevonden. Wie van het strafrecht te veel oplossingen verwacht, ondermijnt uiteindelijk het gezag van het strafrecht, daar die verwachtingen niet steeds kunnen worden ingelost (152). Het gezag van het strafrecht zit juist mede in zijn krachtige maar tegelijk schaarse en nauwgezette toepassing. Tegenwoordig lijkt echter – om het met een boutade te zeggen – het *nulla lex, sine poena*-beginsel de bovenhand te hebben, zeker in het moderne orderingsstrafrecht. Er is geen wet meer zonder strafbepalingen. Dit zorgt uiteindelijk voor een inflatie van het strafrecht (153). Ook voor de bestrijding van strafbare feiten gepleegd door overheden dient men echter de intrinsieke beperkingen van het strafrecht voor ogen te houden en is het verstandig eerst een verbetering en verscherping van alternatieve controlemechanismen na te streven. Maar wanneer deze alternatieven niet volstaan en vooral wanneer door de overtreding van de strafwet fundamentele rechtsgoederen worden aangetast, dient het uitgangspunt te zijn dat ook overheden strafrechtelijk ter verantwoording kunnen worden geroepen.

(151) Vgl. D. ROEF, *o.c.*, 2001, 569-571; C.H. BRANTS, *l.c.*, 2003, 12.

(152) Vgl. M. OTTO, "Reële kansen en kansloze verwachtingen van de straf in een veranderende samenleving. Schuld en boete in de sleutel van het vergeldingsbegrip", *Delikt en Delinkwent* 2002, 943-957.

(153) Zie S. GUTWIRTH en P. DE HERT, "Een theoretische onderbouwing voor een legitiem strafproces", *Delikt en Delinkwent* 2001, 1076.

LITERATUURLIJST

ARNOLD, I.G.M., "De autonomie van de strafrechter en de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie", *TVO* 1986, 382-383.

ARNOU, P., "Wetenschappelijke expertise en onoverwinnelijke dwaling", (noot onder de Correctionele Rechtbank Brugge 8 november 1984), *R.W.* 1985-86, 1229, maar ook Brussel 5 december 1984, *R.W.* 1984-85, 2405.

BLOMBERG, A.B., "Aanvaardbaar gedogen", *MenR* 2002, 284-290.

BODSON, P.-L., *Manuel de droit pénal*, Luik, Ed. de l'Université, de Liège, 1986.

BOSLY, H.D., *Les sanctions en droit pénal social Belge*, Gent, Story-Scientia, 1979.

BRAHY, S., "De l'effet justificatif de l'erreur en droit pénal", *Rev. dr. pén.* 1976-77, 339-352.

CLEIREN, C.P.M., *Beginselen van een goede procesorde*, Arnhem, Gouda Quint, 1989.

CONSTANT, J., *Manuel de droit pénal, Principes généraux du droit pénal positif Belge*. (7ième édition), Luik, Imprimeries Nationales, 1959, I.

CRAMER, P., in SCHONKE, A. en SCHRODER, H. (red.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 23^e druk, München, 1988, 2051.

DE NAUW, A., "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", (noot onder Cass. 13 mei 1987), *R.C.J.B.* 1989, 599.

DE NAUW, A., "Is de materiële wederrechtelijkheid een nuttig begrip in het Belgisch strafrecht?", *Panopticon* 1992, 135-156.

DE NAUW, A., *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*. Gent, Mys en Breesch, 1994.

DE SMET, B., "De onoverkomelijke rechtsdwaling als wapen tegen overregulering en artificiële incriminaties", *R.W.* 1992-93, 1288-1295.

DONCKIER DE DONCEEL, J., "Responsabilité pénal non individuel", in *Rapports Belges au XIème Congrès International de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978, (603), 607-610.

DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990.

FAURE, M., "Financiële problemen als rechtvaardigingsgrond voor milieuverontreiniging", *R.W.* 1988-89, 286-297.

FAURE, M., *Preadvies Milieustrafrecht*, Antwerpen, Maklu, 1990.

FAURE, M., "De onoverkomelijke rechtsdwaling in milieustrafzaken", *R.W.* 1991-92, 945.

FAURE, M.G., "De gevolgen van de 'administratieve afhankelijkheid' van het milieustrafrecht: een inventarisatie van knelpunten", in FAURE, M.G., OUDIJK, J.C. en SCHAFFMEISTER, D. (red.), *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 91-150.

FAURE, M., "Toerekening en probatie-uitstel bij waterverontreiniging", (noot bij Corr. Gent 11 juni 1992), *T.M.R.* 1993-3, 169-171.

FAURE, M., "Strafsancties", in *Voorontwerp Decreet Milieubeleid*, Brugge, die Keure, 1995, 745-805.

FAURE, M., "De evaluatie van de effectiviteit van de artikelen 173a en 173b Sr in de Nederlandse doctrine en jurisprudentie", in FAURE, M.G., DE ROOS, Th. A. en VISSER, M.J.C. (red.), *Herziening van het commune milieustrafrecht*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 31-88.

FAURE, M. en OUDIJK, J.C., "Die strafgerichtliche Überprüfung von Verwaltungsakten im Umweltrecht", *Juristen Zeitung* 1994, 86-91.

FLAMME, M.A., *Droit Administratif*, Brussel, Bruylant, 1989, I.

FORIERS, P., *De l'état de nécessité en droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1951.

GENTZCKE, D., "Informales Verwaltungshandeln um Umweltstrafrecht. Eine verwaltungs- und strafrechtsdogmatische Untersuchung am Beispiel der behördliche Duldung im Wasserrecht", in HEINE, G. (red.), *Arbeiten zum Umweltrecht*, Freiburg i. Br., 1990.

GOETHALS, E., "Hoe zwak is de schakel?", *R.W.* 1991-92, 97.

GOETHALS, E., "Handhavingsproblemen in het milieurecht", in *Rechtspraak in milieubescherming*, Antwerpen, Kluwer, (73), 85-87.

GORLE, F., "Nogmaals over het morele bestanddeel van het misdrijf", *R.W.* 1980-81, 89-102.

HAZEWINKEL-SURINGA, D. en REMMELINK, J., *Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht*, Alphen aan de Rijn, Tjeenk Willink, 1981.

HEINE, G., "Aspekte des Umweltstrafrechts im internationalen Vergleich", *Golt-dammer's Archiv für Strafrecht*, 1986, (67), 69-71.

HENNAU, Ch. en VERHAEGEN, J., *Droit pénal général*, Brussel, Bruylant, 1991.

HOLSINK, M.J.B., "Gedoogsituaties als complicerende factor voor de rechtsbescherming", in DAMEN, L.J.A. en UYLENBURG, R. (red.), *Rechtsbescherming in het milieurecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 55-56.

HOOGHE, D., "De herstelmaatregelen inzake stedenbouw", *R.W.* 1988-89, 1004.

MATTHIJS, J., "La réglementation pénale de l'erreur", in *Rapports Belges du Xème Congres International de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 543-546.

MICHIELS, F.C.M.A., "Zullen we handhaven?", in VAN BUUREN, P.J.J., BET-LEM, G. en IJLSTRA, T. (red.), *Milieurecht in stelling, Utrechtse opstellen over actuele thema's in het milieurecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 37-44.

MORRENS, P., "Gedogen door de toezichthoudende overheid", (noot onder Corr. Gent 28 april 1992), *T.M.R.* 1992, 119-121.

NOYON, T., LANGEMEIJER, G. en REMMELINK, J., "Inleiding", in *Wetboek van Strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 32-33.

POMPE, W., *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, 5e ed., Zwolle, Tjeenk Willink, 1959.

ROBESIN, M.A., "Strafrechtelijke mogelijkheden", in *Milieubescherming: Privaatrecht of publiekrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 118-121.

ROEF, D., *Strafbare overheden*, diss. Universiteit Maastricht, Antwerpen, Intersentia, 2001.

ROGALL, K., "Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts", in *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Keulen, 1988, 525.

RUDOLPHI, H.J., "Primat des Strafrechts im Umweltschutz", *NSiZ* 1984, 198.

SCHUND, G. en ANDEPLAS, A., *Traité pratique de droit criminel*, I, Bruxelles, Swinnen, 1980.

TIEDEMAN, K., *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, diss. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1969.

TULKENS, F. en VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, 207-209.

VAN BUUREN, P.J.J., *Gedogend besturen*, oratie, Deventer, Kluwer, 1988.

VAN BUUREN, P.J.J., "Gedogen besturen in het milieurecht", *MenR* 1990, 74.

VAN DER MEIJDEN, D., "Gedogen gaat van Au", *NJB* 1988, 1373.

VELLINGA, W., *Schuld in spiegelbeeld, afwezigheid van alle schuld*, (diss.) Arnhem, Gouda Quint, 1982.

VERHAEGEN, J., "L'erreur non-invincible de faits et ses effets en droit pénal Belge", *Rev. dr. pén.* 1989, 17-27.

VERSTRAETEN, R., "De beoordeling van de onoverkomelijke dwaling door de rechter", (noot onder Cass. 19 mei 1987), *R.W.* 1987-88, 76.

VERSTRAETEN, R., "De Rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel" in *Vertrouwensbeginsel en Rechtszekerheid in België*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het Recht van België en Nederland, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, 115-168.